

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PROGRESIVA CRIMINALIZACIÓN DE LA
ENTRADA IRREGULAR EN ESPAÑA**



Tesis realizada por Francisco Javier Ramírez Berasategui

Codirector: Mario Maraver Gómez

Codirector: Manuel Cancio Meliá

Programa de doctorado: Derecho, gobierno y políticas públicas

Área de Derecho Penal

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma de Madrid. 2022

A la memoria de mi padre, mi referente moral e intelectual

A mi madre, por su amor y apoyo incondicional

A Eneritz, por nuestro amor, por nuestro proyecto de vida juntos, y por creer más que yo mismo, que podría concluirlo

A Uxue y Mikel por su amor y por dejarme compartir tantas experiencias juntos

A Silvia, Maria, Ainhoa y Violeta, por su apoyo moral

A Loli, sin su ayuda tampoco hubiera sido posible

A Dani, por sus correcciones y sobre todo por su inquebrantable amistad

A mis compañeros de SOS RACISMO, Diego, Gabriela, Marta y Lluc.

RESUMEN EJECUTIVO

La criminalización de la inmigración en los países de destino migratorio es una realidad mediática y políticas en las sociedades contemporáneas. Para el análisis de este proceso desde su vertiente jurídica, es relevante realizar un estudio desde diferentes ámbitos, como el Derecho internacional, el comunitario y el interno. Para la consecución de este objetivo, acude a la entrada de un inmigrante en el territorio de un tercer país. Se estudia tanto la entrada del inmigrante que incumple los requisitos exigidos como la acción de ayuda a la entrada por parte de un tercero.

Desde estos ámbitos del Derecho, se analiza el proceso jurídico por el que se determina la infracción aplicable y la sanción correspondiente para estas acciones, estableciendo así un régimen sancionador.

La construcción del régimen sancionador penal en materia migratoria se fundamenta en el Derecho comunitario, y se establece alrededor del discurso política y mediático de lucha contra el traficante de personas. Se le responsabiliza de los flujos migratorios irregulares y de sus entradas irregulares en los países de la UE.

Especialmente la infracción penal de ayuda a la entrada irregular, en su tipo básico no protege los derechos de los inmigrantes, sino que tiene por objetivo la defensa de la política migratoria estatal. Así, alrededor es esta figura, se construye el régimen sancionador penal en materia migratoria. El estudio de este régimen sancionador resulta esencial para analizar la existencia de un proceso de criminalización jurídica del inmigrante.

Es hipótesis de este trabajo que la sanción de la ayuda a la entrada irregular de un ciudadano extranjero en el territorio de un tercer país permite la sanción penal de la propia entrada irregular, y contextualiza un verdadero proceso de criminalización jurídica del propio inmigrante.

En el estudio del proceso de criminalización jurídica del inmigrante irregular, se acude al estudio del régimen sancionador aplicable a la entrada irregular en el territorio de un tercer país, paradigma del proceso migratorio. Desde el derecho internacional, el comunitario y el interno, se analiza el régimen sancionador aplicable a la entrada y a la ayuda a la misma. El estudio del bien jurídico protegido en el tipo básico del delito de tráfico de personas resulta fundamental para analizar el alcance del derecho penal de las migraciones. De la jurisprudencia y la doctrina se deduce que, en este tipo penal, el bien jurídico protegido son las políticas migratorias estatales. A continuación, es necesario analizar las consecuencias y las problemáticas que evidencia la protección penal de las políticas migratorias, en el tipo básico del delito de tráfico de personas. Esta propuesta típica y el bien jurídico protegido evidencian un proceso de “administrativización” del Derecho penal, para el que Silva Sánchez presenta una alternativa. En ese mismo sentido, debe revisarse la correcta revisión de una norma penal en blanco. Asimismo, fomenta la confusión entre los conceptos de inmigración clandestina y tráfico de personas. La determinación del ámbito subjetivo del tipo penal, en especial las figuras del traficante de personas y de la organización criminal, añade mayor confusión al tipo, al no realizar una delimitación del primer perfil con el propio inmigrante irregular.

Por todo ello, del estudio del tipo básico, se deduce que tanto el inmigrante como el que le presta ayuda, vulneran el mismo bien jurídico protegido, las políticas migratorias. En esta línea, se estudiará el consentimiento del propio inmigrante durante el proceso migratorio y la intervención de un tercero que actúa con motivación humanitaria.

En consecuencia, del tipo penal básico del delito de tráfico de personas, se podría deducir la sanción penal de la propia entrada irregular. Concluiremos por lo tanto con el estudio de las consecuencias de esa sanción penal en la dogmática jurídico penal y la práctica en otros Estados. Se presenta un estudio de Derecho comparado sobre la sanción penal de la entrada y/o permanencia irregular, se acude al proceso de externalización jurídica del control fronterizo. En definitiva, la principal consecuencia de la sanción penal de la propia entrada irregular sería la construcción de un derecho penal de autor, que sancione no solo la entrada sino también al propio inmigrante, como enemigo de la política migratoria estatal.

Para evitar este proceso de criminalización del propio inmigrante y la determinación de un Derecho penal del enemigo, finalmente, se realiza una nueva propuesta del tipo del delito de tráfico de personas que no permita la sanción penal de la propia entrada irregular.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PROGRESIVA CRIMINALIZACIÓN DE LA ENTRADA IRREGULAR EN ESPAÑA

0... INTRODUCCIÓN	11
1. CONSTRUCCIÓN DEL RÉGIMEN SANCIONADOR APLICABLE A LA ENTRADA IRREGULAR EN ESPAÑA	19
1.1. Introducción	19
1.2. Definición y determinación de la entrada en el territorio de un tercer Estado	21
1.2.1. Definición de frontera y puesto fronterizo	21
1.2.2. Consecuencias jurídicas de la delimitación entre la frontera, el puesto fronterizo y el territorio	27
1.3. Derecho internacional	33
1.3.1. Principio de legalidad en el régimen sancionador en materia migratoria	35
1.3.1.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	35
1.3.1.2. Principio de legalidad y reserva de ley material	38
1.3.1.3. Sistema de derechos humanos de Naciones Unidas	40
1.3.1.4. Sistema europeo de derechos humanos	44
1.3.1.5. Conclusiones	48
1.3.2. Principio de igualdad y no discriminación en razón de la situación administrativa	50
1.3.2.1. Pronunciamientos de los tribunales internacionales de derechos humanos	50
1.3.2.2. Conclusiones	53
1.3.3. Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional	56
1.3.3.1. Definición de organización criminal	58
1.3.3.2. Tipo penal del delito de tráfico de personas	60
1.3.3.3. La víctima en el delito de tráfico de personas	64
1.3.3.4. Soberanía estatal en el régimen sancionador	67
1.3.4. Conclusiones	69

1.4. Régimen sancionador en materia migratoria, en el Derecho comunitario	72
1.4.1. Defensa del espacio de libertad, seguridad y justicia	72
1.4.2. Competencias comunitarias en materia de inmigración y asilo	75
1.4.3. Régimen sancionador en materia migratoria en el Derecho comunitario	80
1.4.3.1. Régimen sancionador en los tratados fundamentales	80
1.4.3.2. Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, que define la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares	83
1.4.3.3. Decisión Marco del Consejo 2002/946/JAI, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares	84
1.4.3.4. El proceso legislativo comunitario del régimen sancionador penal en materia migratoria	85
1.4.3.5. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular	89
1.4.3.6. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	93
1.4.3.6.1. Cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Subdelegación de gobierno en Gipuzkoa contra Samir Zazouine	93
1.4.3.6.2. Cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Prefecto de Turín contra Hassen El Dridi, alias Soufi Karim	97
1.4.4. Conclusiones	101
1.5. Derecho español: principios constitucionales y transposición del régimen sancionador comunitario	103
1.5.1. Análisis jurídico-constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros en España	104
1.5.1.1. Derechos civiles y políticos de los ciudadanos extranjeros	104

1.5.1.2. El internamiento administrativo de extranjeros en España	107
1.5.2. Régimen sancionador en materia migratoria	110
1.5.2.1. Régimen penal	112
1.5.2.1.1. Primera regulación en el Código Penal de 1995	112
1.5.2.1.2. Regulación penal de la libertad personal y sexual de los ciudadanos/as extranjero/as en situación administrativa irregular	115
1.5.2.1.3. Régimen sancionador de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero	117
1.5.2.1.4. Reforma introducida por las Leyes Orgánicas 11/2003 de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre	124
1.5.2.1.5. Persecución extraterritorial del delito de tráfico de personas en la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre	129
1.5.2.1.6. Delimitación entre los delitos de trata de seres humanos y tráfico de personas en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio	134
1.5.2.1.7. Transposición definitiva de la legislación comunitaria al Código penal: la LO 1/2015, de 30 de marzo	137
1.5.3. Valoración crítica	140
1.5.4. Los bienes jurídicos protegidos en materia migratoria	146
1.5.4.1. Introducción	146
1.5.4.2. Los derechos de los inmigrantes como bien jurídico protegido	150
1.5.4.3. La dignidad de los inmigrantes como bien jurídico protegido	154
1.5.4.4. La protección penal de las políticas migratorias estatales	159
1.5.4.4.1. Definición y determinación de la política migratoria	159
1.5.4.4.2. Fundamentación jurídica de la protección penal de las políticas migratorias	161
1.6. Conclusiones	167
2. PROBLEMÁTICAS Y CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS	177
2.1. “Administrativización” del Derecho penal de las migraciones	179

2.1.1. Delimitación normativa entre los regímenes sancionadores	179
2.1.2. Confusión conceptual entre la inmigración clandestina y el tráfico de personas: consecuencias	183
2.1.3. Delito de tráfico de personas: ¿una ley penal en blanco?	187
2.2. Consecuencias de la protección penal de la política migratoria en el ámbito subjetivo en el delito de tráfico de personas	193
2.2.1. Delimitación de la figura del traficante de personas	193
2.2.2. La organización criminal en el delito de tráfico de personas	198
2.2.3. Tratamiento de la ayuda humanitaria	201
2.2.3.1. La ayuda humanitaria en el ordenamiento comunitario	202
2.2.3.2. Salvamento marítimo y ayuda humanitaria	204
2.2.3.3. La ayuda humanitaria en el Código penal español	208
2.2.3.3.1. La ayuda humanitaria como excusa absolutoria	209
2.2.3.3.2. La ayuda humanitaria como causa de justificación	211
2.2.3.3.4. Conclusiones sobre la ayuda humanitaria en el delito de tráfico de personas	214
2.3. Consentimiento del inmigrante y riesgo permitido en la protección penal de las políticas migratorias	216
2.3.1. Consentimiento del inmigrante y la asunción del riesgo	216
2.3.1.1. Disponibilidad del bien jurídico	217
2.3.1.2. Asunción del riesgo y “autopuesta” en peligro	222
2.3.1.3. Consecuencias sobre la valoración del consentimiento y la asunción del riesgo	225
2.3.2. La protección internacional como riesgo permitido en la protección penal de las políticas migratorias	228
2.3.3. Inexigibilidad de otra conducta y miedo insuperable	234
2.4. Conclusiones	237
3. CONSECUENCIAS DE LA SANCIÓN PENAL DE LA ENTRADA IRREGULAR	239
3.1. Análisis del desvalor penal de la entrada irregular	240
3.2. “Administrativización” del Derecho penal	244
3.3. Estudio de Derecho Penal comparado	246
3.3.1. Italia	247
3.3.2. Alemania	249

3.3.3. Francia	250
3.4. Externalización jurídica del control fronterizo en países de tránsito	251
3.4.1. Evolución del concepto jurídico de frontera y jurisdicción	252
3.4.2. “Externalización” jurídica del control fronterizo en terceros Estados	255
3.4.3. Política exterior en materia migratoria de la Unión Europea	260
3.5. Derecho penal del enemigo extranjero	266
3.6. Conclusiones	272
4. PROPUESTA DE UN TIPO PENAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS QUE NO SANCIONE LA ENTRADA IRREGULAR	276
4.1. La eliminación del tipo básico del artículo 318 bis CP	277
4.2. Propuesta para una nueva infracción administrativa relativa al tráfico de personas	278
4.3. Propuesta para un nuevo tipo penal del delito de tráfico de personas del artículo 318 bis CP	279
4.4. Obligaciones internacionales del Estado en materia de protección internacional	281
4.5. Propuesta de una nueva redacción del artículo 318 bis. CP	282
CONCLUSIÓN	284
BIBLIOGRAFÍA	296
LISTADO DE ABREVIATURAS	339

0. INTRODUCCIÓN

Desde los países de destino, el proceso migratorio sólo existe a través de su última acción, la entrada en su territorio. Las circunstancias y motivos de la salida del país de origen, la llegada y la situación en los países de tránsito pasan desapercibidas y reciben poca o nula atención mediática y social.

La llegada del ciudadano extranjero a nuestras costas, playas o vallas se representa gráficamente a través de un cayuco, una lancha de goma o un salto a una valla coronada con concertinas. Los medios de comunicación cubren ampliamente estos hechos para representar gráficamente el proceso migratorio.

Es el momento más importante del proceso migratorio, por cuanto determina su éxito o fracaso. Representa gráficamente el “enfrentamiento” de un ciudadano extranjero y sus derechos ante la autoridad y la potestad de un Estado soberano, y tiene relevantes consecuencias políticas, sociales, económicas y jurídicas. Sintetiza la esencia del proceso migratorio y pone de relieve un conflicto jurídico entre ambos actores.

El derecho ofrece a cada uno de ellos diferentes marcos normativos e instrumentos legales que protegen sus derechos o amparan su actuación. El análisis de cada uno de estos marcos mostrará el alcance del conflicto y las capacidades de cada uno de los actores. El estudio jurídico del proceso migratorio, a través de la entrada, es el de un enfrentamiento legal o “lawfare” entre dos partes en conflicto. En este conflicto, el régimen sancionador, fundamentado en la legítima potestad soberana del Estado reconocida desde el Derecho internacional, es el principal instrumento de control y represión.

De esta forma, el análisis del régimen sancionador aplicable a la entrada de un ciudadano extranjero en el territorio de un tercer país representa y sintetiza el conflicto entre ambos actores, así como el alcance de los derechos y de las

políticas migratorias. El alcance del régimen sancionador y las garantías de los derechos del ciudadano extranjero en su entrada en el territorio de un tercer país, determinan la política migratoria de un Estado en el control del flujo migratorio.

El contexto político y social resulta determinante en el establecimiento de los términos y consecuencias de este conflicto jurídico que escenifica la entrada de un ciudadano extranjero en el territorio de un tercer país.

La representación simbólica del proceso migratorio a través de la entrada en el territorio de un tercer Estado centra los debates políticos, sociales y mediáticos. El discurso contrario al fenómeno migratorio se fundamenta en situar al ciudadano extranjero en los márgenes de la sociedad y de la legalidad debido a su nacionalidad, situación administrativa, origen étnico, género, orientación sexual o estatus económico. Por ello, la aplicación del régimen sancionador hacia el ciudadano extranjero tiene importantes consecuencias sobre este discurso social y político. El inmigrante se convierte así en objeto de un discurso xenófobo y de un procedimiento sancionador.

La legislación de extranjería de los Estados limita el disfrute de derechos en base a la situación administrativa y regula el régimen sancionador ante el incumplimiento de los requisitos de entrada, permanencia o residencia en el país. Facilita entonces un discurso político y social que distingue a los ciudadanos extranjeros debido a su situación administrativa y de la aplicación del régimen sancionador.

La criminalización del inmigrante es una formulación habitual en el discurso social, político y mediático que vincula con la delincuencia a los ciudadanos en razón de su origen nacional, situación administrativa u origen étnico. Es una expresión utilizada con frecuencia pero que no siempre es objeto de análisis desde su perspectiva jurídica y legal. El estudio del régimen sancionador es imprescindible para analizar la perspectiva jurídica de un verdadero proceso de criminalización de los ciudadanos extranjeros.

El régimen sancionador relativo a la entrada en el territorio de un tercer país extranjero atañe tanto a la propia entrada como a aquellos que colaboran o la facilitan sea cual sea su propósito, su intención o su resultado. La entrada y la ayuda a la misma suponen infracciones que el régimen sancionador regula con arreglo a los diferentes bienes jurídicos protegidos.

Es hipótesis de este trabajo que la sanción de la ayuda a la entrada irregular de un ciudadano extranjero en el territorio de un tercer país permite la sanción penal de la propia entrada irregular, y contextualiza un verdadero proceso de criminalización jurídica del propio inmigrante.

El alcance de la sanción de la entrada y de la ayuda a la entrada en el territorio de un tercer país resulta determinante en el estudio de esta criminalización jurídica. La sanción penal de la entrada determinaría las bases para la criminalización del propio inmigrante. Por ello, la sanción de la entrada de un ciudadano extranjero que incumple los requisitos establecidos en la legislación de extranjería se convierte en el eje de este trabajo. De la acción de entrada, en el proceso migratorio, se deduce también la participación de terceros que ayudan o colaboran. De esta forma, el régimen sancionador aplicable a la entrada en el territorio de un tercer país se extiende también a las acciones de ayuda o facilitación.

Partiendo de la hipótesis de este trabajo, es necesario analizar el régimen sancionador aplicable tanto para la entrada como para la ayuda a la entrada, acudiendo tanto al régimen penal como al administrativo sancionador. Este trabajo pretende evidenciar las graves consecuencias de una posible sanción penal de la entrada irregular en el respeto de los derechos de los inmigrantes, del Derecho penal y del estado de derecho.

Para el análisis de este régimen sancionador, es necesario acudir al Derecho internacional, al Derecho comunitario y al Derecho interno, para así analizar la coherencia, la evolución y los elementos que pueden facilitar y determinar la sanción penal de la entrada irregular. La regulación del fenómeno migratorio requiere de la articulación de estas tres fuentes normativas por cuanto

aúnan la potestad soberana de un Estado en la determinación y el control de sus fronteras, las normas de Derecho internacional de los derechos humanos, así como el Derecho constitucional y un derecho en evolución, como es el comunitario.

El Derecho internacional es una fuente de obligada consulta ante el fenómeno migratorio por su carácter transfronterizo y por sintetizar las legítimas potestades, así como las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.

La Unión Europea asume importantes competencias en materia migratoria y construye los fundamentos del bien jurídico objeto de protección en materia migratoria y de su régimen sancionador. La construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia como eje fundamental del proyecto político de la Unión, justifica la política migratoria europea. El régimen sancionador recogido en el marco legislativo comunitario se contextualiza en un discurso político de las instituciones comunitarias y de los Estados miembro que abogan por la integración de los ciudadanos extranjeros documentados pero que, a la vez, llaman a la represión del inmigrante irregular y del traficante de personas. La retórica comunitaria construye así un discurso que diferencia de forma definitiva a los ciudadanos extranjeros en razón de su situación administrativa. Se definen así las figuras del inmigrante irregular y del traficante de personas como de gran relevancia en la determinación y aplicación del régimen sancionador. La jurisprudencia comunitaria realiza una importante aportación a la aplicación, por parte de los Estados, del régimen sancionador propuesto por la normativa comunitaria.

Finalmente, el derecho interno español recoge en la Constitución y su jurisprudencia las normas internacionales relativas al reconocimiento de derechos de los ciudadanos extranjeros en España. Asimismo, desarrolla, con desigual fortuna, la normativa internacional y comunitaria relativa al régimen sancionador en materia migratoria.

La política migratoria de los Estados constituye igualmente una fuente esencial de este trabajo por cuanto es el marco normativo y político que articula los requisitos de la entrada irregular y el régimen sancionador, así como el control policial y logístico del perímetro fronterizo. Engloba, de esta forma, todos los aspectos de la política pública en la materia. La política migratoria representa mucho más que una política pública de gestión de autorizaciones administrativas o requisitos de entrada y permanencia, ya que muestra las tensiones entre intereses políticos y jurídicos contrapuestos. Evidencia el conflicto entre los derechos de los ciudadanos extranjeros en un tercer país y la potestad del Estado en el control y gestión de sus fronteras. En un estado de derecho debe justamente resolver esta tensión, ofreciendo un punto intermedio acorde con los objetivos del Estado y las obligaciones internacionales adquiridas.

El estudio de la política migratoria y del régimen sancionador aplicable obliga a acudir a las diferentes fuentes de derecho y mostrar su articulación. Cada una de estas fuentes normativas aporta un elemento relevante al régimen sancionador. Es necesario acudir a cada una de ellas para evaluar si la criminalización de la entrada irregular puede ser posible sin que ninguno de los principios vertebradores de estas fuentes se vea comprometidos. Es necesario analizar si el Derecho internacional permite la sanción penal del fenómeno migratorio, así como las consecuencias de esta sobre la dogmática jurídico penal. Este conflicto permite evidenciar la existencia de un Derecho penal en expansión que reconozca la sanción penal del fenómeno migratorio.

Se analizará en este trabajo, el régimen sancionador aplicable a la entrada y a la ayuda a la entrada, recogido en el Código penal y la legislación de extranjería. La determinación del bien jurídico protegido en la infracción administrativa y el tipo penal, son elementos esenciales en el estudio de la criminalización de la entrada irregular y la propia inmigración. En el Código penal, el estudio del bien jurídico del delito de tráfico de personas resulta fundamental para conocer el objetivo de la sanción penal del proceso migratorio.

Por ello, resulta relevante analizar las problemáticas y consecuencias de la protección penal de las políticas migratorias, a través del tipo básico del delito

de tráfico de personas. La criminalización de la propia entrada irregular y del inmigrante solo podrá fundamentarse en la protección penal de las políticas de los Estados. Por ello, el análisis de las consecuencias de la protección penal de las políticas migratorias permite evidenciar dicho proceso de criminalización.

Junto a las diferentes fuentes normativas y a las políticas migratorias, el estudio de las figuras del inmigrante y del traficante deben ser analizadas en el proceso de criminalización de los ciudadanos extranjeros. La definición de ambas figuras resulta fundamental para la determinación de la infracción administrativa y del tipo penal relativos al tráfico de personas. El protagonismo de cada uno de ellos en el proceso migratorio, así como las diferencias que presentan, tienen, sin duda, una importante relevancia en la sanción penal de la ayuda a la entrada y de la propia entrada.

Si las políticas migratorias estatales son objeto de protección penal en el tipo penal básico del artículo 318bis, tanto el inmigrante como el que le ayuda en la entrada irregular, vulnerarían este bien jurídico. La vulneración de las políticas migratorias estatales como bien jurídico en el tipo penal básico del artículo 318bis por parte del inmigrante irregular y del que le ayuda, genera una importante confusión entre ambas figuras. El ámbito subjetivo de este delito es importante por cuanto fundamenta la sanción penal de la entrada.

A su vez, la protección penal de las políticas migratorias subraya la difícil diferenciación entre el régimen administrativo sancionador y el régimen penal. Las infracciones relativas a la entrada irregular en ambos regímenes presentan propuestas incompatibles. Además, en la sanción penal, es necesario analizar si la remisión a la normativa de extranjería relativa a los requisitos de entrada cumple los supuestos de la norma penal en blanco idónea.

A continuación, resulta pertinente analizar el concepto de autor en el delito de tráfico de personas, por las consecuencias que puede tener en la criminalización efectiva de la entrada irregular y del propio inmigrante. La organización criminal transnacional, es desde el Derecho internacional, la protagonista del delito de tráfico de personas. Su definición, según las diferentes

fuentes normativas, será esencial para determinar los criterios de pertenencia y por lo tanto la diferenciación entre inmigrante y traficante.

Otro actor relevante en el proceso migratorio es aquel que presta ayuda al inmigrante en su proceso de entrada, en base a criterios humanitarios, bien de forma individual o perteneciendo a una organización social cuyo objetivo es la defensa de los derechos de los migrantes. La respuesta del Derecho penal en el delito de tráfico de personas, a la ayuda humanitaria resulta esencial por cuanto cuestiona la protección penal de las políticas migratorias. La defensa de los derechos de un tercero puede poner en tela de juicio la protección penal de los intereses del Estado. Las tres fuentes normativas ya citadas ofrecen diferentes propuestas en su tratamiento, lo que tendrá sin duda diferentes consecuencias en la parte general del delito de tráfico de personas. La doctrina y la jurisprudencia discuten si la ayuda humanitaria debe presentarse como excusa absolutoria o bien, como comportamiento atípico.

Finalmente, es necesario atender al protagonista del proceso migratorio, el propio inmigrante. La protección penal de las políticas migratorias ha apartado al inmigrante del protagonismo de su propio proceso migratorio. La disponibilidad del consentimiento, la “autopuesta” en peligro, el riesgo permitido o la “inexigibilidad” de otra conducta del inmigrante en el proceso migratorio, afectan a la teoría general del delito en el tipo penal de tráfico de personas del artículo 318bis del código penal.

La protección penal de las políticas migratorias en el tipo penal básico del artículo 318bis, confunde la figura del inmigrante irregular y del que le presta ayuda permitiendo, en definitiva, la sanción penal de la entrada irregular en el territorio de un tercer país.

La sanción penal de la entrada irregular presenta importantes problemáticas y consecuencias en la aplicación del derecho penal y su dogmática. Para que dicha sanción se puede producir, se debe determinar, si la entrada irregular en el territorio de un tercer país supone un desvalor penal que la amerite. Además, aunque no sea una realidad en el ordenamiento español, es

positivo realizar un estudio de derecho comparado para conocer la legislación y principal jurisprudencia en Italia, Francia y Alemania. En su dimensión exterior, es necesario acudir a la externalización del control fronterizo desde su vertiente jurídica, como paradigma de la criminalización de la inmigración y en particular de la entrada irregular. Es este proceso de criminalización de la entrada irregular el que encamina la dogmática jurídico penal hacia el derecho penal del enemigo.

Tras analizar la forma en la que el tipo penal del tráfico de personas del artículo 318bis del código penal permite o facilita la sanción penal de la entrada irregular en el territorio de un tercer país, es interesante concluir con una propuesta típica que evite la criminalización del propio ciudadano extranjero en situación de transito fronterizo irregular y aleje la dogmática jurídico penal del derecho penal del enemigo.

1. CONSTRUCCIÓN DEL RÉGIMEN SANCIONADOR APLICABLE A LA ENTRADA IRREGULAR EN ESPAÑA

1.1. Introducción

La entrada de un inmigrante en el territorio de un tercer Estado representa la principal acción de todo proceso migratorio. A lo largo del mismo, el inmigrante transita a través del espacio físico y geográfico, haciendo frente a una sucesión de delimitaciones fronterizas que determinan la jurisdicción de cada Estado.

De esta forma, el ejercicio de la jurisdicción, como característica fundamental de la soberanía, enfrenta al sujeto a un Estado. La respuesta de un Estado ante la entrada de un inmigrante a través de un puesto fronterizo depende del ejercicio de la jurisdicción del Estado. Este mismo emana de un marco legal a través del cual el Estado, legítimamente, regula el acto de entrada del propio inmigrante, tanto respecto de sus requisitos como respecto de las consecuencias de su incumplimiento. Varias son las fuentes a las que acude el Derecho para ofrecer una respuesta.

Ante este fenómeno global y transnacional, el Derecho internacional determina las obligaciones de carácter convencional o de "*ius Cogens*" en materia migratoria. Reconoce, por un lado, el poder soberano en el establecimiento de una política pública en materia migratoria, pero también determina sus límites a través del reconocimiento de derechos de los inmigrantes durante el proceso migratorio.

Así, el Derecho internacional encuadra, en un primer momento, la competencia de los Estados en materia migratoria, y legitima su competencia para determinar los requisitos de entrada en el territorio de su jurisdicción, así como las infracciones y sanciones ante su incumplimiento. El establecimiento de un régimen sancionador en materia migratoria, por parte de un Estado soberano,

exige el respeto de principios generales fundamentales del Derecho internacional, como los principios de legalidad, igualdad y no discriminación, así como el principio de proporcionalidad de las penas y sanciones, que resulta determinante en la elección entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. En todo caso, la principal aportación normativa desde el Derecho internacional es la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, que realiza una propuesta típica del delito de tráfico de personas¹.

El Derecho internacional debe tener por vocación establecer un mínimo común denominador que establezca obligaciones para todos los Estados soberanos en materia sancionadora, tanto en el respeto de los principios generales del Derecho, señalados anteriormente, como el reconocimiento de derechos y garantías del inmigrante. Así, el Derecho internacional establece el marco normativo básico sobre el que el Derecho interno podrá desarrollar estas competencias sancionadoras en materia migratoria.

En el marco europeo y en el caso de España, es imprescindible acudir al marco normativo comunitario puesto que la política migratoria deviene materia de competencia comunitaria por lo que la regulación aprobada debe ser transpuesta al ordenamiento interno español. Por lo tanto, merced a la legislación comunitaria, el Derecho interno determinará los requisitos de concesión de autorizaciones de entrada, estancia, residencia y/o trabajo de larga duración, los derechos reconocidos a los ciudadanos extranjeros, así como el régimen sancionador y en especial las infracciones y sanciones correspondientes. Por todo ello, la acción de entrada en el territorio de un tercer Estado, paradigma del proceso migratorio, debe fundamentar el estudio del régimen sancionador en materia migratoria. El análisis del régimen sancionador ante el incumplimiento

¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2003.

de los requisitos de entrada evidencia la evolución de la política sancionadora de los Estados, en línea con la legislación comunitaria.

Un análisis crítico de la progresiva criminalización de la entrada en España debe iniciarse con el estudio del régimen sancionador aplicable a la propia entrada y a la ayuda a la entrada, desde las diferentes fuentes normativas señaladas, incidiendo en su aportación al régimen sancionador, sus límites y su capacidad para articularse con las restantes. El estudio de ambas acciones típicas resulta relevante para delimitar el ámbito subjetivo y el bien jurídico objeto de protección y mostrar sus diferencias y similitudes.

Tras desentrañar las características del régimen sancionador en materia migratoria, a través de los tres ámbitos normativos (internacional, europeo y nacional), es necesario analizar, a través de la doctrina y la jurisprudencia, cuál o cuáles son los bienes jurídicos que este régimen pretende proteger, y a partir de ahí, determinar la naturaleza del régimen sancionador que debería aplicarse tanto para la entrada irregular como para la ayuda a la misma: el administrativo sancionador o el penal. El análisis de la progresiva criminalización de la entrada en España precisa del estudio del bien jurídico objeto de protección, del relato de las infracciones y sanciones, así como de la elección del régimen sancionador aplicable a cada una de ellas. Partiendo de ahí, se podrá entonces analizar la existencia y fundamentación de la progresiva criminalización de la entrada en España y en definitiva del mismo proceso migratorio.

1.2. Definición y determinación de la entrada en el territorio de un tercer Estado

1.2.1. Definición de frontera y puesto fronterizo

El proceso migratorio se constituye de una sucesión de acciones de entrada a diferentes países de tránsito y destino migratorio, que sintetizan la

esencia de un extenso y complejo proceso. El migrante enfrenta la soberanía de los Estados representada a través de las delimitaciones y los puestos fronterizos y los agentes del Estado que las vigilan y controlan. De esta forma, para realizar el análisis jurídico y normativo de cada una de estas acciones representativas del proceso migratorio, es necesario acudir a una definición jurídica y normativa de las delimitaciones fronterizas.

El espacio geográfico y físico se ve atravesado por el concepto político y jurídico de frontera en cuanto representación del reconocimiento de la existencia de un Estado a través de su soberanía y su jurisdicción sobre el territorio. El migrante hace frente a una delimitación fronteriza de efectos políticos y jurídicos. El control fronterizo por parte de los agentes del Estado ha evolucionado desde el mero control de la delimitación geográfica hasta la “*externalización*” del mismo a agentes de terceros Estados o también la presencia de agentes del Estado en países de origen o tránsito migratorio.

En primer término y con la finalidad de evidenciar la competencia del Estado, así como su extensión y alcance, es necesario acudir a la definición jurídica del concepto de frontera. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la frontera como la:

“Línea que marca el exterior del territorio de un Estado, entendido como el espacio terrestre, marítimo y aéreo sobre el que ejerce su soberanía, lo que permite hablar de fronteras terrestres, marítimas y aéreas en función del de la naturaleza física del espacio delimitado”

La Corte Internacional de Justicia, a través de la sentencia Guinea Bissau-Senegal sobre la determinación de la frontera marítima, de 31 de diciembre de 1989, añade que una frontera internacional es:

“la línea formada por la sucesión de puntos extremos del ámbito de validez espacial del Estado puede afectar a la superficie terrestre, las aguas fluviales o lacustres, el mar, el subsuelo o la atmósfera.”

En este mismo sentido, ya en 1910, la Corte Permanente de Arbitraje, reconoce la soberanía de los Estados dentro de su delimitación fronteriza². Así la frontera establece la delimitación territorial imaginaria de la que se deduce la jurisdicción y la soberanía de los Estados³. De tal suerte, la frontera representa un espacio geográfico imaginario determinado con precisión, en razón principalmente de las importantes consecuencias sobre la jurisdicción, competencia y soberanía de los Estados limítrofes. De esta forma, el control fronterizo por parte de un Estado soberano exige el establecimiento de una logística de control y represión del flujo migratorio a través de los agentes del Estado, en esa delimitación imaginaria de importantes consecuencias jurídicas. Ante la extensión de la delimitación geográfica, los Estados establecen puestos fronterizos para limitar el acceso y, por lo tanto, el control de este. El control fronterizo exige desde el Derecho internacional la existencia de un marco normativo que legitime dicho control por parte del Estado y regule las condiciones y requisitos de acceso. Para el control de los flujos migratorios, los Estados recogen la figura del puesto fronterizo por la que, de acuerdo con la normativa estatal, se debe producir el acceso a la frontera. De esta forma, realizan un primer control de los flujos migratorios, legitimando únicamente los accesos que se producen a través del puesto fronterizo. Esta figura permite diferenciar entre la frontera y el territorio, pues el acceso a la frontera no determina la entrada regular en el territorio. El reconocimiento de los conceptos de frontera y puesto fronterizo permite al Estado el control del flujo migratorio sin tener que reconocer el acceso del migrante al territorio. El control de los flujos migratorios crea una "ilusión jurídica" por la que la frontera y el territorio refieren a dos realidades diferentes. El acceso a la frontera no determina la entrada en el territorio, ya que

² The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States), 7 September 1910, *Reports of International Arbitral Awards*, Volume XI, pp. 180.

³ La delimitación fronteriza suele acordarse mediante un tratado bilateral entre dos Estados soberanos que establecen la delimitación territorial o marítima a través de coordenadas geográficas. la frontera es un concepto ligado al territorio del Estado, cuyos criterios de vigencia comprenden la existencia de un territorio determinado, está planteado en el artículo 1.II., de la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados (1933). A pesar de ser un tratado regional, la Convención ha recibido una adhesión general desde el punto de vista doctrinal. El artículo nueve, contiene otra referencia al territorio, en cuanto a que "la jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se aplica a todos los habitantes".

presenta un marco jurídico diferenciado, y establece unos requisitos de obligado cumplimiento para poder acceder al territorio. El incumplimiento de estos en el puesto fronterizo determinará una sanción de devolución, por parte de las autoridades del Estado, sin que el inmigrante haya en ningún momento accedido al territorio.

Sin duda, esta delimitación geográfica de determinados puntos de acceso se enfrenta a una realidad en la que los flujos migratorios que no cumplen con los requisitos de acceso establecidos para los puestos fronterizos intentan penetrar el perímetro fronterizo a través de cualquier punto de este. Por este motivo, el control fronterizo se extiende más allá de los puestos fronterizos, pero se limita, en su acepción más clásica y convencional, al control de una delimitación fronteriza imaginaria que en ningún momento puede ser superada por el agente de un Estado, ante el riesgo de entrar en otro. Así el control fronterizo, se divide en dos funciones o realidades diferenciadas, la verificación del cumplimiento de los requisitos de entrada a través del puesto fronterizo habilitado, y por otro lado la represión del flujo migratorio, que no cumple con estos, y que por lo tanto acude a otro punto de la delimitación fronteriza en su conjunto.

La construcción de una organización internacional como la Unión Europea, aporta, sin duda, importantes y relevantes transformaciones en el control fronterizo de los Estados. La Unión se vertebra y articula a través del reconocimiento del derecho a la libre circulación de personas en un espacio de libertad, seguridad y justicia que necesita el reconocimiento de fronteras exteriores comunes⁴. De esta forma, las fronteras de los Estados miembro también son las de la propia organización internacional.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en su artículo 77, señala la necesidad de instaurar un sistema integrado de gestión de fronteras exteriores de la propia Unión Europea. Incide en la importancia de crear un sistema de control y vigilancia eficaz, pero también un marco legal conjunto

⁴ Artículos 45 y 67 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial n° C 326 de 26.10.2012.

que establezca un sistema de visados y de permisos de residencia de corta estancia. En esta misma línea, el Consejo podrá establecer, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, disposiciones relativas a los pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado. La gestión de la frontera necesita un sistema de vigilancia y control basado en un marco legal que lo legitime y que regule los requisitos y los documentos de acceso.

El Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), recoge relevantes definiciones jurídicas en la materia. Incluye el concepto de fronteras exteriores, entre las que incluye las fronteras terrestres de los Estados miembros, incluidas las fronteras fluviales, lacustres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos, fluviales y lacustres, siempre que no sean fronteras interiores⁵. En esta misma línea avanza una propuesta del concepto de paso fronterizo y de control fronterizo, incidiendo en el control de las autoridades competentes, y en la aplicación del marco legislativo comunitario.

La creación de fronteras exteriores comunes del conjunto de Estados miembros de una organización internacional, como la Unión Europea, ha supuesto una revolución en el concepto y control de las fronteras. El control de las fronteras y su marco normativo no es ya objeto de control soberano por parte de los Estados, sino que se enmarca en la política de una organización internacional con aspiraciones de integración política. De esta forma, el marco regulador de cada Estado miembro debe atenerse a la regulación comunitaria.

El preámbulo de este texto recuerda que la creación de un espacio interior de libertad, seguridad y justicia justifica la creación de las fronteras exteriores comunes y el reforzamiento de su control, recordando el interés del conjunto de los Estados miembros, que han suprimido los controles de sus fronteras interiores. Señala que el objetivo de este control fronterizo es “la lucha

⁵ Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). Diario Oficial de la Unión Europea núm. 77, de 23.03.16.

contra la inmigración clandestina, la trata de seres humanos, así como la seguridad interior, el orden público, la salud pública o incluso las relaciones internacionales de los Estados miembros”.

Así, el Código de fronteras de Schengen, justifica la creación de la frontera exterior común a todos los Estados miembros de la Unión, encontrando cuestiones de interés y preocupación para todos ellos. La propia Unión Europea y los propios Estados reconocen la existencia de intereses comunes y que por lo tanto exigen una gestión común. El control fronterizo realizado por un Estado con una frontera exterior, concierne al conjunto de los Estados miembros, por lo que se crea una agencia europea de guardia de fronteras, llamada FRONTEX.⁶ De esta misma forma, este mismo Reglamento, recoge las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países, incidiendo en la necesidad de presentar un título de viaje, un visado de estancia, salvo que se posea un permiso de residencia o trabajo, o si no acreditar medios de vida suficientes. Este Reglamento recoge los requisitos para los supuestos de entrada en el territorio de un Estado miembro por un máximo de 90 días en un periodo de 180 días, lo que se denomina estancia, a tenor de su artículo 6. Define qué se debe entender por vigilancia fronteriza y desarrolla la síntesis de un proceso o protocolo de control fronterizo. Respecto a la denegación de la entrada, recoge de forma somera el derecho del interesado a recibir una resolución administrativa fundamentada, pero en todo caso remite al Derecho interno de los Estados para precisar la extensión del derecho a recurrir dicha resolución. Así, la legislación comunitaria, realiza una primera propuesta sobre los requisitos de entrada que debe posteriormente regular cada Estado y sobre las consecuencias de la denegación de la entrada, sin determinar la infracción y la sanción correspondiente, ni precisar los derechos que atienden al propio interesado⁷. Debe ser por lo tanto la legislación nacional de los Estados miembro que

⁶ Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas. Diario Oficial de la Unión Europea L251/1, 16.09.16.

⁷ OLESTI RAYO A., El espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea, REAF, nº 15, abril 2012, P. 73.

desarrolle el régimen sancionador y los derechos de los inmigrantes que incumplen los requisitos de entrada.

En la misma línea que la normativa comunitaria, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y las libertades de los extranjeros en España (LOEX) señala en su artículo 25 que el extranjero deberá entrar en España por un puesto fronterizo habilitado al efecto. Es en estos puntos fronterizos, habilitados por el Estado y con presencia de sus agentes, donde el extranjero deberá acreditar si cumple los requisitos exigidos, relativos a la documentación y los medios de vida exigidos. Según establece el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, en su artículo 4, que desarrolla la LOEX, solo el acceso a través de estos puntos permitirá la evaluación del cumplimiento de los requisitos de entrada. Será entonces cuando la acción de entrada generará consecuencias jurídicas, a través del régimen sancionador recogido en la propia norma⁸.

1.2.2. Consecuencias jurídicas de la delimitación entre la frontera, el puesto fronterizo y el territorio

La diferenciación entre los conceptos de frontera, puesto fronterizo y territorio tiene sin duda relevantes consecuencias jurídicas en la determinación y aplicación del régimen sancionador que se deduce del incumplimiento de los requisitos de entrada.

En un primer momento, la legislación de extranjería realiza una importante diferenciación entre los conceptos de frontera y territorio. Ante la necesidad de cumplir con los requisitos de entrada al territorio, el acceso al puesto fronterizo habilitado no determina el acceso al territorio de un Estado. Ambos conceptos deben diferenciarse para que desde el momento en que el inmigrante franquee esa delimitación física imaginaria, el Estado pueda retenerlo

⁸ STS, sala 3ª 5436/2015, de 18 de diciembre. Además, es cuantiosa la jurisprudencia sobre la motivación de la resolución de denegación de la entrada.

hasta que determine si cumple con los requisitos establecidos y aplique alguna sanción si fuera necesario.

El proceso de entrada, a través de puesto fronterizo habilitado, puede concluir con el acceso definitivo al territorio o desembocar en la prohibición de entrada al no cumplirse con los requisitos exigidos por la LOEX y el Real Decreto 557/2011, de 20 abril, y la consiguiente devolución al país de procedencia. De esta forma, el acceso a la frontera determina la aplicación de un régimen sancionador particular adaptado a la infracción relativa a la entrada irregular y limita el reconocimiento de derechos del inmigrante a aquellos referidos al procedimiento administrativo del que es sujeto. Así el concepto de frontera y puesto fronterizo no solo evita el acceso real y jurídico al territorio de un Estado, sino que también determina un régimen jurídico particular. El derecho crea así una delimitación física artificial dentro del espacio geográfico de un país, de mano del ordenamiento jurídico y con el objetivo de aplicar de forma efectiva, un régimen sancionador.

A su vez, en la línea de la normativa comunitaria, la legislación de extranjería española acoge el concepto de puesto fronterizo habilitado, diferenciándolo del concepto genérico de frontera. Según la LOEX y el reglamento de desarrollo, la entrada por puntos de acceso no habilitados como puesto fronterizo imposibilita la valoración de los requisitos de entrada. Solo en los puntos en los que se personan los agentes del Estado, es posible la valoración de los requisitos de entrada. Por ello, el acceso por puntos de acceso no habilitados debe determinar a priori la denegación de entrada, y específicamente debe llevar aparejada la devolución al país de procedencia.

Una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha puesto en duda la denegación de entrada en los supuestos de acceso por puntos no habilitados, si bien es cierto en el contexto de los saltos de la valla fronteriza en Melilla⁹. Según el Tribunal, el acceso fronterizo por un punto no habilitado justificaría la negación de derechos y garantías procesales ante la denegación de entrada. Culpabiliza así al inmigrante de la negación de sus

⁹ STEDH, Gran Sala, caso N.D. y N.T. c. España, 8675/15 y 8697/15, de 13 de febrero de 2020.

derechos más básicos por realizar la entrada desde un punto no habilitado, y considerar que recurre al uso de la fuerza, al llevar a cabo un salto masivo de la valla¹⁰. Determina la sentencia que la llegada a la frontera constituye un supuesto de entrada irregular, la denegación de entrada y la consiguiente devolución en frontera, si se realiza a través de un puesto fronterizo habilitado¹¹. La ubicación del lugar donde se produce la entrada deviene así un elemento esencial en el reconocimiento de derechos¹².

La definición jurídica y la diferenciación entre los conceptos de frontera, puesto fronterizo y territorio, tiene sin duda relevantes consecuencias en la determinación de la denegación de entrada y la devolución en frontera. La mera superación de línea fronteriza por parte del inmigrante no determina su acceso al territorio. La diferenciación entre la frontera y el territorio de un Estado tiene su fundamentación en la necesidad de delimitar la que permita retener en frontera y devolver si se incumplen los requisitos de acceso. El Tribunal Constitucional señala que el rechazo y la devolución en frontera es un instrumento jurídico que “flexible y rápido” para el control del flujo migratorio en frontera sin que se produzca el acceso al territorio¹³, sin que la denegación de

¹⁰ SOSA NAVARRO, M., “Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable el asunto; “N.D. y N.T. contra España” ante el TEDH”, RDEC., Año nº 24, Nº 67, 2020, P 1050.

¹¹ Italia, STEDH , Gran Sala 27765/09. Hirsi Jamaa y otros c. Sentencia de 23 de febrero 2012. Otro supuesto de entrada en el territorio o más bien en la jurisdicción, es el abordaje de embarcaciones de inmigrantes en alta mar por parte de embarcaciones de salvamento marítimo. En estos supuestos, resulta relevante la aplicación de la normativa relativa al derecho del mar y en especial al salvamento y seguridad marítima. Las operaciones de salvamento que pueda realizar una embarcación, con bandera de un Estado y tripulada por agentes de este, se pueden asimilar a la acción de entrada o acceso a la jurisdicción de un Estado. El Tribunal estudió la situación de 24 personas procedentes de Somalia y Eritrea que formaban parte de un grupo de más de 200 personas interceptadas en el mar por las autoridades italianas en 2009, a las que obligó a regresar a Libia, su punto de partida. Esta práctica violó la obligación internacional de no devolver a ninguna persona a un país donde pueda correr el riesgo de sufrir abusos contra los derechos humanos.

¹² ACOSTA PENCO, T., “El abuso del derecho en la justificación jurisprudencial del rechazo en frontera, análisis de la STC 172/2020”, de 19 de noviembre y de la STEDH de N. D. y N. T. C. España, R. E. I, vol. 73, no. 2, A.E.P.D.I y R.I, 2021, p 377. MARTINEZ ESCAMILLA, M., SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera, Revista Crítica Penal y Poder, 2019, nº 18, diciembre, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, P 33.

¹³ STC 17/2013, de 31 de enero, BOE núm. 49, de 26 de febrero de 2013. “pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido [...]. En suma [...] consiste en una medida que se acuerda por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye tanto el necesario control

entrada tenga carácter sancionador¹⁴. No resultan aplicables, por tanto, las garantías propias del procedimiento administrativo sancionador relativo a la denegación de entrada, y las recogidas en el artículo 26.2 LOEX. En consecuencia, se debe proceder a la devolución, que se aplica a los extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España. Según el artículo 23.1.b) LOEX, la devolución se aplica a “los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”. Si son interceptados:

“en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir los requisitos de Entrada” el procedimiento aplicable será el de expulsión, no el de devolución¹⁵.

Melero Alonso realiza un interesante análisis del concepto jurídico de frontera y de entrada irregular en el contexto de Ceuta y Melilla¹⁶. Recuerda como el Ministerio del Interior maneja el concepto operativo de frontera por el que solo se produce la entrada irregular en España cuanto el inmigrante supera la

de los flujos migratorios que tienen como destino nuestro país como el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España”

¹⁴ STC 72/2005, de 4 de abril.

FJ 3: «la resolución administrativa de la que se trata en este caso carece de naturaleza sancionadora. La denegación de la entrada en España regulada en el art.24.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre), es una resolución que se dicta como consecuencia jurídica reglada de la constatación administrativa del incumplimiento de requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional. No concurre en ella la “función represiva, retributiva o de castigo” (SSTC 276/2000, de 16 de noviembre, F. 3, y 132/2001, de 8 de junio, F. 3), propia de las sanciones. Dicha resolución administrativa constata la inexistencia de un derecho por falta de sus requisitos y prohíbe, en consecuencia, su ejercicio, pero no suprime o restringe derechos pertenecientes a su destinatario “como consecuencia de un ilícito” (STC 48/2003, de 12 de marzo, F. 9)».

¹⁵ STS 554/2003, número de recurso 488/2001, de 20 de marzo de 2003, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo.FJ 18. Esta sentencia, anuló el artículo 138.1.b) del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica 4/2000. Este artículo reglamentario admitía el procedimiento de devolución para «Los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, considerándose incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada». El TS consideró que dicho precepto contradecía el entonces artículo 58.2 LOEX (actual art. 58.3): «El precepto legal se refiere de forma estricta a la pretensión de entrar ilegalmente en el país, no a los supuestos de tránsito, una vez en el país, desde un lugar a otro del mismo o hacia un país tercero. El precepto impugnado efectúa, en consecuencia, una interpretación extensiva que va más allá del mandato legal ampliándolo a un supuesto no previsto en éste. Estamos por tanto ante una interpretación contra Ley que aplica un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos. Por esta razón el precepto debe ser anulado» (FJ 18).

¹⁶ MELERO ALONSO, E., “El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (a las “expulsiones en caliente”: un supuesto de derecho administrativo del enemigo”, REDA, núm. 174 (octubre – diciembre 2015), p 425.

segunda valla fronteriza. En aquellos lugares en los que la valla fronteriza se introduce en la playa y en la zona de agua marina, como en la zona de El Tarajal en Ceuta, la entrada en territorio nacional no se consumaría hasta que no se superase la línea de vigilancia formada por los agentes de la autoridad que intentar rechazar a los inmigrantes. Ello debido a la situación de grave peligro para la integridad física de los inmigrantes y de los agentes encargados de la vigilancia fronteriza¹⁷. De esta forma, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado determinan, a través de la práctica, cuando considera que el inmigrante ha sobrepasado la línea fronteriza y por lo tanto se ha producido la entrada irregular. Esta argumentación tiene por objetivo justificar la “devolución en caliente”, sin acudir por lo tanto a un procedimiento administrativo.

Así, el Derecho administrativo sancionador en materia de extranjería es un claro ejemplo, en el que hay que diferenciar entre el derecho normado y el derecho practicado. En este supuesto, Melero Alonso analiza cómo los agentes del Estado realizan una interpretación flexible del concepto de frontera y de la aplicación el procedimiento administrativo de denegación de entrada y de devolución en frontera, a través de una práctica administrativa favorable a sus intereses. De esta forma, considera que se puede hablar de un “Derecho administrativo del enemigo”, ya que cumple además algunas de las características de este en el régimen penal. Califica el régimen administrativo sancionador en materia migratoria, de legislación de combate, sobre todo desde el Derecho practicado por los agentes del Estado, en el que además se produce una evidente negación de derechos como, el relativo a la tutela judicial efectiva o el de solicitar protección internacional. Desde este Derecho practicado, la sanción real no es la mera devolución a las autoridades marroquíes, sino el existente riesgo de ser víctimas de torturas o tratos inhumanos y degradantes por parte de agentes de estas¹⁸. En este sentido, es evidente que el inmigrante

¹⁷ MELERO ALONSO, “El retorno en frontera en Ceuta y Melilla...”, REDA, núm. 174 (octubre – diciembre 2015), p 425, el texto de la Orden de Servicio 6/2014 según se cita por el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Melilla, de 11 de septiembre de 2014, en diligencias previas del procedimiento abreviado 866/2014. Véase el FJ segundo.7.

¹⁸ Marruecos: desprotección y vulneración de derechos de las personas migrantes y refugiadas a las puertas de Europa, Informe 2015, Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Se puede consultar en: https://www.cear.es/wpcontent/uploads/2016/11/informe_marruecos_cear_2015_definitivo.pdf

irregular no es un mero infractor de una regulación administrativa sino también un enemigo de la política migratoria y de las propios Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

La práctica administrativa de los agentes del Estado y el concepto operativo de frontera busca subrayar las diferencias entre el puesto fronterizo y la frontera, impidiendo justamente el acceso de los inmigrantes subsaharianos al primero y obligándoles así a intentar cruzar la frontera a través del salto de la valla. Esta cuestión resulta fundamental en la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que legitima las “devoluciones en caliente”, en que los inmigrantes no han intentado acceder al territorio español a través del puesto fronterizo¹⁹. Las autoridades marroquíes cooperan con las españolas al no permitir la presentación de los inmigrantes subsaharianos en el puesto fronterizo. La presentación en el puesto fronterizo no solo deriva en la aplicación de un procedimiento administrativo ante el incumplimiento de los requisitos de entrada, sino que permite al inmigrante realizar una solicitud de protección internacional. De esta forma, la incoación de un procedimiento administrativo de devolución visibiliza al inmigrante y su proceso migratorio para así permitirle solicitar protección internacional²⁰. Por ello, las consecuencias jurídicas de la diferenciación entre la frontera y el puesto fronterizo son relevantes a los efectos de reconocer derechos y garantías para el inmigrante y también reconocer y aplicar procedimientos administrativos y obligaciones estatales de Derecho internacional.

A su vez, la diferenciación entre la frontera y el territorio tiene relevantes consecuencias jurídicas, en la elección y aplicación de un régimen administrativo correspondiente. El establecimiento del concepto de frontera operativa también busca diferenciar ambos conceptos en el contexto de Ceuta y Melilla. El lugar en el que el inmigrante es interceptado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tiene relevancia jurídica por cuanto si es en la propia frontera o puesto fronterizo, puede ser devuelto al país fronterizo del que proviene. En cambio, si

¹⁹ STEDH, Gran Sala, N.D. y N.T. c. España, Gran Sala 8675/15 y 8697/15 13 de febrero de 2020.

²⁰ DE LUCAS, J., “El Derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia «N.D. y N.T. contra España» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría & Derecho*, R. P. J, 2020, (27), p 84

es interceptado un poco más lejos, ya en el territorio, la infracción administrativa es la permanencia irregular y por lo tanto la sanción solo puede ser la expulsión al país de origen. Esta diferenciación en el procedimiento aplicable tiene importantes consecuencias logísticas ya que la devolución exige un acuerdo bilateral con las autoridades del país de tránsito respecto a los nacionales de este país, pero también los de terceros, en cambio en el supuesto de expulsión es necesario la aprobación de las autoridades del país de origen del inmigrante²¹.

En definitiva, para el estudio de la progresiva criminalización de la entrada irregular, resulta relevante identificar y diferenciar los diferentes conceptos de frontera, puesto fronterizo y territorio, mostrando cuáles son las diferentes consecuencias legales y cuáles son los intereses de los Estados en su aplicación. Una vez señalados los diferentes espacios físicos de consecuencias jurídicas en los que se produce esta entrada, es necesario estudiar desde diferentes ámbitos del Derecho, cuál es el régimen regulador, que determina la irregularidad de la entrada y de la sanción correspondiente.

1.3. Derecho internacional

La construcción del régimen sancionador aplicable a la entrada irregular en España se inicia desde el Derecho internacional. Establece los fundamentos de un marco regulador que debe recoger la determinación de los requisitos de entrada y el régimen sancionador aplicable.

En un primer momento, el Derecho internacional recoge el consenso interestatal que garantiza la soberanía y la jurisdicción de los Estados. Así, desde el reconocimiento de las fronteras se deduce su capacidad de gestionarlas y determinar los requisitos de entrada. El Derecho internacional aporta la

²¹ El artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, determina cuando corresponde la sanción de expulsión del país. A su vez, en el artículo 58 diferencia los efectos de la devolución y de la expulsión. MELERO ALONSO, E., "El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (a las "expulsiones en caliente": un supuesto de derecho administrativo del enemigo", R.E.D.A, núm. 174 (octubre – diciembre 2015), p 419.

legitimidad política y jurídica sobre la que sustentan el régimen sancionador. Por ello, si bien determina los derechos humanos inalienables a la persona, también recoge excepciones en el reconocimiento de derechos debido a la nacionalidad y la situación administrativa.

En este sentido, el alcance del principio de legalidad, propuesto desde el Derecho internacional influirá en el alcance de la legislación de extranjería, incluido el reconocimiento y ejercicio de derechos y garantías. En definitiva, el debate sobre el alcance del principio de legalidad y la reserva de ley determina el alcance del procedimiento sancionador y del reconocimiento de los derechos de los ciudadanos extranjero. De esta forma, el principio de legalidad podría justificar la discriminación de acceso a derechos, ante un procedimiento sancionador, debido a nacionalidad o situación administrativa, lo que tendría sin duda consecuencias en el alcance y su compatibilidad con el principio de igualdad y no discriminación. Por ello, el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos extranjeros en un procedimiento sancionador debe ser analizado desde el respeto al principio de igualdad y no discriminación que promulga el derecho internacional.

Por ello, es necesario acudir al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas que hace referencia a los derechos de los ciudadanos extranjeros y el tratamiento que le pueden y deben ofrecer los Estados. Las Convenciones regionales en materia de derechos humanos y sus respectivos tribunales, explican la articulación del principio de legalidad con el de igualdad y no discriminación en el reconocimiento de derechos y garantías ante un procedimiento sancionador. De esta forma, el análisis del principio de legalidad, y su compatibilidad con el principio de igualdad y no discriminación tendrá consecuencias en las garantías del régimen sancionador aplicable.

Además del análisis de la articulación de estos dos principios con el régimen sancionador aplicable a la entrada irregular, el Derecho internacional ofrece una norma convencional cuyo objetivo es la lucha contra el crimen organizado transnacional, para lo cual recoge la propuesta de dos tipos penales relativos al delito de trata de seres humanos y al de tráfico de seres humanos.

Muchas son las consecuencias de esta relevante propuesta normativa, en el régimen sancionador aplicable a la entrada irregular en España.

1.3.1. Principio de legalidad en el régimen sancionador en materia migratoria

La legítima competencia del Estado en el control y la gestión de sus fronteras y del flujo migratorio, le permite establecernormas relativas a los requisitos administrativos de entrada y/o permanencia, así como la sanción aplicable ante su incumplimiento. Por ello, la regulación de los requisitos y las sanciones requieren de un marco regulador para una gestión más eficaz. El principio de legalidad fundamenta la estructura de todo Estado de Derecho y de la gestión administrativa, política y constitucional de toda Administración pública. Es necesario analizar si el Derecho internacional establece alguna obligación a los Estados en el respeto del principio de legalidad, en la aplicación del régimen sancionador.

1.3.1.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Como principal norma internacional de carácter convencional en materia de derechos humanos, es necesario acudir al Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos para analizar las obligaciones de los Estados en el tratamiento de los extranjeros y por lo tanto en el establecimiento de su política migratoria. En un primer momento, en su artículo 9, el texto exige a los Estados, el respeto del principio de legalidad penal y de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables, pero no menciona el principio de proporcionalidad de las penas.

A este respecto, *BASSIOUNI* sostiene que, ante la falta de un órgano legislativo internacional, el principio de legalidad internacional debe ser

expresado más correctamente a través del principio “*nullum crimen sine iure*”²². Este principio no presupone un sistema de fuentes, sino que exige que la conducta esté previamente tipificada, lo que resulta determinante en todo procedimiento sancionador²³. La aplicación del principio de legalidad en el reconocimiento de los derechos de los nacionales de terceros países queda recogida en el artículo 13 del mismo Pacto de Derechos Civiles y Políticos:

"El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas."²⁴

Este relevante artículo, señala la importancia del principio de legalidad en los supuestos de expulsión de ciudadanos extranjeros, que debe permitir al extranjero afectado realizar alegaciones en contra la decisión de expulsión ante la autoridad que la haya tomado. En todo caso, permite neutralizar el respeto de este principio, cuando a criterio del Estado, la seguridad nacional puede verse comprometida.

En todo caso, *Arlettaz* recuerda que el artículo 13, indica que las garantías en caso de expulsión sólo corresponden a los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio del Estado, y no a aquellos que se encuentren de forma irregular²⁵. En cambio, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su observación general n°15, relativa a los derechos de los extranjeros, señala

²² BASSIOUNI CHERIF, M., “The Law of International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, Transnational Publishers, New York 1996, p 231.

²³ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los elementos del crimen. Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002.

²⁴ PIDCyP. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto. BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.

²⁵ ARLETTAZ, F., “La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, B.M.D.C. vol.49 no.145 Ciudad de México ene./abr. 2016, P 33.

que, si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13²⁶. De esta forma, si el Estado aplica una sanción administrativa al inmigrante irregular, debe extender los principios y garantías reconocidos en el artículo. Por ello, la aplicación de un régimen sancionador en materia de extranjería debe determinar el reconocimiento de derechos y garantías para los sancionados, aunque debido a la misma se encuentren en situación administrativa irregular.

En todo caso, se extienda o no el reconocimiento de los derechos y garantías a los inmigrantes irregulares, el alcance de las alegaciones realizadas y sobre todo la naturaleza de la autoridad o del órgano de revisión, determinan también el alcance del principio de legalidad, en el marco de un procedimiento sancionador. El principio de legalidad determina, al menos en un primer momento, que una norma con rango de ley, recoja la propia infracción y un procedimiento somero²⁷. A este respecto, *Arlettaz* sostiene que el Derecho internacional exige al Estado indicar los motivos de la expulsión. La lectura sistemática de este deber de motivar la expulsión con el principio de legalidad contenido en el Pacto lleva a la conclusión de que los motivos admisibles de expulsión han de estar previamente establecidos en la ley²⁸. Por lo tanto, en consecuencia, ante los motivos de expulsión tasados, el extranjero debe tener derecho a presentar alegaciones, pero el artículo 13 no señala ante qué autoridad, sin determinar su naturaleza, su carácter independiente, ni tampoco con qué “armas procesales” debe contar el extranjero a la hora de presentar sus alegaciones. Si bien la norma limita el reconocimiento de derechos a los

²⁶ Observaciones Generales nº15, 27º período de sesiones (1986), la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pfo 1,4 y 9.

²⁷ ARLETAZZ, F., “La expulsión de extranjeros en el pacto Internacional de derechos civiles y políticos”, B.M D.C. Vol. 49. Núm. 145. (enero 2016), P 45.

²⁸ En este sentido, el Comité ha mantenido que, aunque el artículo 13 regula directamente sólo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión al permitir solamente las expulsiones "en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley", su objetivo es impedir las expulsiones arbitrarias. En el caso *Maroufidou c. Suecia*, el Comité afirmó que la exigencia de legalidad en la medida de expulsión lleva implícita la idea de que la ley en la cual tal medida se basa ha de ser compatible con las disposiciones del Pacto. - Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Anna Maroufidou v. Sweden*, CCPR/C/OP/1 at 80 (1985).

ciudadanos extranjeros en situación administrativa regular, el Comité de Derechos Humanos considera que se debe extender a los supuestos de aplicación del procedimiento sancionador por incumplimiento de los requisitos de entrada o permanencia, cuando además en muchos supuestos pueden ser objeto de violaciones de derechos humanos en su país de origen²⁹.

De esta forma, ya que el Comité entiende que todo extranjero hace frente a un procedimiento sancionador ha de poder acceder a los instrumentos y garantías procesales, por extensión también se ha de aplicar cuando del mismo procedimiento se deduce su irregularidad administrativa. Pese a ello, muchos Estados no respetan ni garantizan el reconocimiento de estas garantías por lo que es relevante acudir a otras fuentes del Derecho internacional para analizar si existe algún tipo de obligación estatal en la materia.

Por todo ello, a continuación, es necesario estudiar, desde el Derecho internacional, la existencia de un principio de legalidad que incluya una reserva de ley material que reconozca el reconocimiento de derechos y garantías de los extranjeros ante un procedimiento sancionador, sea cual sea su situación administrativa. Es relevante acudir por lo tanto a diferentes fuentes y normas, para analizar si el Derecho internacional establece obligaciones estatales en el reconocimiento de derechos y garantías en el marco de un procedimiento sancionador en materia migratoria, a través del respeto de un principio de legalidad que reconoce una reserva de ley material.

1.3.1.2. Principio de legalidad y reserva de ley material

El principio de reserva de ley material regula que algunas materias deben necesariamente regularse por una norma con rango de ley, porque así lo indica la Constitución. Si se incluyen entre las mismas, las relativas al reconocimiento de derechos y garantías en el marco de un procedimiento sancionador, el

²⁹ CDHUN, Zhakhongir Maksudov and Adil Rakhimov, Yakub Tashbaev and Rasuldzhon Pirmatov v. Kyrgyzstan. CCPR/C/93/D/1461,1462,1476& 1477/2006, (2008)

principio de legalidad tendría carácter material y sería reconocido como garantista para el ciudadano extranjero. De esta forma, la aprobación, el desarrollo y la extensión de los derechos fundamentales de los extranjeros, debería ser aprobado por un procedimiento legislativo y su incumplimiento podría ser objeto de revisión de legalidad. En cambio, si no se incluyen derechos y garantías en la norma con rango legal, que recoge la infracción y la sanción correspondiente, se trata de una reserva de ley formal.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas reconoce derechos y garantías ante un procedimiento sancionador de carácter migratorio que determina la irregularidad administrativa. También resulta relevante analizar la jurisprudencia y la doctrina internacional para determinar si el reconocimiento de estos puede ser incluidos dentro del principio de legalidad que vincula a los Estados desde el Derecho Internacional³⁰.

En este sentido, el derecho a un recurso efectivo y suspensivo es una pieza fundamental en todo procedimiento sancionador, por cuanto vertebra el conjunto de derechos y garantías procesales. En materia migratoria, su reconocimiento resulta fundamental ya que dota de contenido y efectividad al resto de derechos y garantías. Su reconocimiento en una norma con rango de ley que regula un procedimiento sancionador determinaría una reserva de ley material. Por ello, el estudio sobre el reconocimiento del derecho a un recurso efectivo y suspensivo resulta relevante. Será necesario acudir a la jurisprudencia que analiza la aplicación de este derecho en la práctica administrativa en materia migratoria.

El estudio del derecho a un recurso efectivo y suspensivo desde el Derecho internacional, tanto desde el sistema universal como el europeo o el interamericano, necesita del estudio de la norma y de la jurisprudencia. De esta forma, es posible analizar el verdadero alcance de los derechos de los

³⁰ Observaciones Generales nº15, 27º período de sesiones (1986), la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pfo 9.

ciudadanos extranjeros, sea cual sea su situación administrativa, ante un procedimiento sancionador en materia migratoria.

El estudio sobre el reconocimiento de este derecho de carácter procesal resulta relevante para los ciudadanos extranjeros ante una entrada irregular en el territorio. El reconocimiento y la extensión de este derecho resulta especialmente relevante en el supuesto de denegación de entrada en el puesto fronterizo, ya que la falta de efecto suspensivo del recurso podría vaciar de contenido el propio recurso debido a una rápida devolución. Por ello, resulta importante incidir en el reconocimiento de este derecho a este colectivo. El estudio de este derecho, que tiene gran relevancia en la práctica administrativa, permite determinar el alcance de una reserva de ley material para los inmigrantes irregulares que hacen frente a un procedimiento sancionador. Si el Derecho internacional incorpora los derechos de los ciudadanos extranjeros a la reserva de ley material, establece cuál sería su baremo o exigencia hacia los Estados en materia de derechos de los ciudadanos extranjeros, en el marco de un procedimiento sancionador.

1.3.1.3. Sistema de derechos humanos de Naciones Unidas

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 2 la obligación fundamental de respetar los derechos reconocidos en este texto sin distinción alguna. Añade en su apartado 2 que cada Estado parte debe adoptar disposiciones legislativas para hacer efectivo el reconocimiento de tales derechos. De esta forma, extiende la obligación de garantizar el respeto de los derechos reconocidos en el presente Pacto en su propia constitución o legislación. Exige que los Estados deben incorporar a su Constitución y sus leyes, los derechos recogidos en este texto. Concluye que la reserva de ley material de los ordenamientos jurídicos de cada Estado debe incorporar los derechos reconocidos en este pacto.

A su vez, el artículo 15 regula el principio del “nullun crimen sine legge” que exige el desarrollo en el derecho interno y que se basa en el “nullun crimen sine iure” proveniente del Derecho internacional consuetudinario³¹. De esta forma, el principio de legalidad enmarca la determinación y la aplicación de la sanción penal, y por otro lado garantiza el reconocimiento de los derechos fundamentales en este contexto.

En cambio, si bien el Pacto extiende el reconocimiento de los derechos inalienables a la persona, a los ciudadanos extranjeros, el artículo 13 le permite anteponer la protección de los intereses del Estado, en defensa de su seguridad nacional y orden público ante posibles amenazas exteriores. Por ello, en este artículo del Pacto, el principio de legalidad atiende específicamente a las garantías procesales ante un procedimiento sancionador en materia migratoria.

“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.”

El precepto permite al Estado anteponer la defensa de sus intereses al respeto de los ciudadanos extranjero. En todo caso, es necesario que el Estado acuda a un procedimiento recogido en una norma con rango legal, pero que únicamente obliga a este a que permita al ciudadano extranjero a “someter su caso ante la autoridad competente”. No se exige que dicho órgano tenga carácter judicial, ni que sea por lo tanto independiente. Indica que, si obran "razones imperiosas de seguridad nacional", se podrá eliminar el acceso a dicho derecho. De facto, el derecho a un recurso efectivo se ve desnaturalizado por cuanto permite al Estado, establecer un órgano de fiscalización, que en la práctica

³¹ LLEDÓ, R., “El principio de legalidad en el Derecho Penal internacional”, *Eunomía*, R.C.L. Nº. 11, octubre 2016, marzo 2017, p 249.

administrativa limita el ejercicio de este, al poder someterlo a los intereses del Estado³².

Por lo tanto, podemos concluir que, si bien el Pacto de Derechos Civiles y Políticos incluye los derechos y garantías procedimentales en la reserva de ley material, no extiende dicho reconocimiento a los ciudadanos extranjeros y además, en todo caso, permite la suspensión de los mismos en razón de la nacionalidad, en la defensa de la seguridad nacional³³. En definitiva, el articulado del Pacto de Derechos Civiles y Políticos permite primar los intereses del Estado, en situaciones en las que considera que la seguridad nacional se encuentra en peligro. Por ello, el Estado puede discriminar en el acceso a derechos debido a la nacionalidad, negar el derecho a un recurso efectivo y que el órgano de control tenga carácter independiente. En De esta forma, la norma da al Estado muchas posibilidades para privilegiar sus intereses ante el respeto de los derechos de los ciudadanos extranjeros.

A su vez, el Comité de Naciones Unidas, en sus comentarios generales sobre el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, en lo referente a los ciudadanos extranjeros, señala que disfrutan de los mismos derechos que los nacionales³⁴. Recuerda que el Pacto no obliga a los Estados a reconocer el derecho a entrar o residir legalmente en su país a los nacionales de terceros Estados, y limita el reconocimiento de derechos inherentes a la vida y a la integridad física, así como los relacionados con el debido proceso y el derecho a un recurso efectivo, a aquellos que se encuentren en una situación administrativa regular. Pero en todo caso, respecto a los procedimientos sancionadores incoados ante el incumplimiento de los requisitos de entrada y/o permanencia, acepta y entiende que se extienda el reconocimiento de derechos y garantías a los extranjeros. Así, el derecho a un recurso efectivo ante un procedimiento sancionador en materia de extranjería es un instrumento

³² ARLETAZZ, F., La expulsión de extranjeros en el pacto Internacional de derechos civiles y políticos. B.M.D.C Vol. 49. Núm. 145. (enero 2016), P 45.

³³ REMIRO BROTONS, A., Derecho Internacional, curso general, P 250.

³⁴ Observaciones Generales nº15, 27º período de sesiones (1986), la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, HRI/GEN/1/Rev.9(Vol. I).

fundamental para el inmigrante que entra irregularmente en el territorio de un tercer país, y constituye un eje fundamental para el ejercicio de otros derechos como la asistencia jurídica o la tutela judicial efectiva³⁵. En definitiva, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se deduce que queda en mano de los Estados determinar la extensión de estos derechos y garantías para los ciudadanos extranjeros, sea cual sea su situación administrativa.

De esta forma, del sistema universal de Naciones Unidas, no se puede deducir una obligación internacional por parte de los Estados, para un mismo reconocimiento de los derechos y garantías procesales ante procedimientos sancionadores que el resto de los ciudadanos, sea cual sea su nacionalidad y su situación administrativa. Los Estados puede establecer una reserva de ley formal que no garantiza derechos para los ciudadanos extranjeros, y que en todo caso solo alcanza a aquellos que estén documentados. Esta norma convencional establece una obligación internacional de limitado alcance para los Estados en el establecimiento de su política migratoria y en particular de su régimen sancionador, que permite a los Estados dotar o no a los extranjeros de derechos y garantías frente al mismo.

A continuación, es necesario acudir a la Convención Europea de Derechos Humanos para definir y delimitar los derechos de los ciudadanos extranjeros ante un procedimiento sancionador, independientemente de su situación administrativa.

³⁵ CDHNU, en su Comentario general n.º 15 de 1986, explicó que el requisito de legalidad previsto en el artículo 13 del PIDCP implicaba que se debía tener en cuenta el Derecho nacional en materia de entrada y estancia: “para determinar el carácter de [la protección otorgada por este artículo a los extranjeros], y que, en particular, quienes hayan entrado ilícitamente [...] y los extranjeros que hayan permanecido más tiempo que el permitido por la ley o indicado en el permiso que se les haya extendido, no están amparados [por esta disposición]” No obstante, agregó el Comité, si la cuestión controvertida es la licitud de la entrada o permanencia de un nacional extranjero, toda decisión que desemboque en su expulsión debe adoptarse «con arreglo a lo previsto en el artículo 13”. Kamto, Maurice, *Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros*, A/CN.4/625.Add.1, 2010, p. 43.

1.3.1.4. Sistema europeo de derechos humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge en su artículo 7, el principio de legalidad penal o sancionadora. Exige así que nadie podrá ser condenado o sancionado sin una norma previa de carácter nacional o internacional que regule la infracción³⁶.

Respecto a los derechos y garantías, el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional para todas las personas cuyos derechos reconocidos por el Convenio hayan sido vulnerados, sea cual sea su nacionalidad y su situación administrativa³⁷.

A su vez, en lo referente al tratamiento de los ciudadanos extranjeros, es relevante acudir a los protocolos del Convenio. El protocolo 4 prohíbe la expulsión colectiva de ciudadanos extranjeros, señalando por lo tanto la necesidad de un procedimiento sancionador individualizado, adaptado a las circunstancias del afectado. En este sentido, el artículo 1 del Protocolo número 7 del mismo Convenio, señala los requisitos que debe cumplir un procedimiento de expulsión de un ciudadano extranjero que se encuentre en situación administrativa regular, para la defensa de la seguridad nacional y orden público del Estado parte³⁸. El tratamiento individualizado de los procedimientos de expulsión tiene entre sus principales motivaciones la necesidad de garantizar que el individuo en cuestión no correrá un riesgo auténtico de ser sometido a tratos contrarios al artículo 3 del CEDH en caso de ser repatriado al país de

³⁶ GIL GIL, A., "La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos", ADPCP, VOL. LXIII, 2010, p 23.

³⁷ STEDH, Gran Sala, 8675/15 y 8697/15, N.D. y N.T. c. España, 13 de febrero de 2020. derecho a un proceso equitativo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, TL, núm. 145/2018. P 99. CARMONA CUENCA, E., "El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos (art. 13 CEDH)" en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coord.) La Europa de los Derechos, Madrid, CEPC, 2014, pág. 578

³⁸ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. «BOE» núm.243, de 10 de octubre de 1979.

origen³⁹. De esta forma, se determinaría la corresponsabilidad del Estado Europeo ante las torturas o tratos inhumanos y degradantes de los que pudiera ser víctima en el ciudadano extranjero expulsado⁴⁰.

Por ello, ante estos procedimientos administrativos de carácter sancionador, el acceso a un recurso efectivo y suspensivo resulta fundamental especialmente ante la entrada irregular en puesto fronterizo. A este respecto, la práctica administrativa en la aplicación del régimen sancionador da lugar a una extensa y prolija casuística y jurisprudencia. Cuando los ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular hacen frente a procedimientos de expulsión o devolución de carácter acelerado o urgente en frontera o desde centros de internamiento de extranjeros, el carácter suspensivo del recurso resulta esencial para poder considerar si el derecho al recurso es realmente efectivo. Cuando el Estado considera que el intento de entrada en su territorio es irregular, solo queda acudir a la Justicia para recurrir dicha decisión. Solo si el recurso ante la justicia suspende la ejecución de la devolución o expulsión, hasta la decisión sobre el mismo, podrá ser efectiva al encontrarse el interesado todavía en el territorio o en la frontera. Si cuando el órgano judicial toma una decisión favorable al interesado, este no se encuentra todavía en la frontera, esta no tendrá ninguna utilidad y no supondrá ningún beneficio para el interesado. En España, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, el artículo 22, señala que en el caso de la interposición de un recurso contencioso administrativo tiene que pedirse la suspensión del acto recurrido. Es necesario acudir a la fórmula de la medida cautelarísima, mediante la cual, si el órgano judicial estima su admisión a trámite, provocará la suspensión de la devolución en frontera, hasta la realización de una vista que determine la revocación de la resolución de denegación de protección internacional. La

³⁹ STEDH, Gran Sala, 27765/09, Hirsi Jamaa y otros c. Italia, , Sentencia de 23 de febrero 2012, apartado 146. A este respecto CARRILLO SALCEDO, J.A., "Reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia: Derechos de los inmigrantes en situación irregular en España", UNED. TRC, núm. 32, 2013, p 285.

⁴⁰ FALLADA GARCÍA-VALLE, J.R., "Algunos límites a los derechos de los inmigrantes: detención y expulsión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", CEFD, [S.l.], n. 20, p. 43.

estimación de la medida solicitada provocará la admisión a trámite de la solicitud de asilo y la entrada en el territorio.”⁴¹.

En este sentido, el carácter suspensivo del recurso es especialmente relevante por lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha decantado por considerar la vulneración del artículo 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos y del artículo 4 del Protocolo número 4, cuando el recurso carece de carácter suspensivo, a través de las sentencias en los casos *Khlaifia y otros c. Italia*⁴², y *De Souza Ribeiro contra Francia*⁴³. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que el carácter efectivo del recurso va unido a que tenga efecto suspensivo, especialmente cuando concurren derechos absolutos, con la finalidad de preservar a la persona de sufrir un daño irreversible, como cuando se alega la violación de los artículos 2 y 3 del Convenio. El Tribunal ha sido claro al mantener que dicha exigencia de efectos suspensivos únicamente se prevé para los supuestos de expulsión en los que se alega un riesgo real de violación de los derechos relativos a los artículos 2 y 3 CEDH, pero no cuando tal riesgo no se alegue o el riesgo invocado se refiera a otros derechos que no sean los mencionados. El TEDH tanto en los asuntos *Souza Ribeiro contra Francia* y *Khlaifia y otros contra Italia*, se ha pronunciado respecto a la exigencia del carácter suspensivo del recurso, tomando en consideración el riesgo potencialmente irreversible en el que incurrirían los demandantes en el país de destino en caso de expulsión del territorio del Estado

⁴¹ SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: A propósito de la nueva Ley de asilo”, REEI, nº 18, p. 21.

⁴² STEDH, Gran Sala, 16483, *Khaifia y otros c. Italia*, , 1 de febrero de 2016. el TEDH estimó que, si el demandante alegaba que el procedimiento seguido para ordenar su expulsión había tenido un carácter colectivo sin fundamentar que le había expuesto a un perjuicio irreversible resultante de una violación de los artículos 2 o 3 CEDH, el Convenio no imponía a los Estados la obligación absoluta de garantizar un remedio con pleno Derecho suspensivo, si no que bastaba con que la persona afectada tuviera una posibilidad efectiva de impugnar la decisión de expulsión obteniendo un examen lo suficientemente detenido de sus reclamaciones por parte de una instancia interna independiente e imparcial.

⁴³ STEDH, Gran Sala, 22689/07, *De Souza Ribeiro c. Francia*, , 13 de diciembre de 2012. Así, por ejemplo, en el asunto *De Souza Ribeiro c. Francia*, el Tribunal, estimó que el recurso efectivo debe traducirse en el ordenamiento interno en un mecanismo que posibilite un examen detenido, riguroso e independiente de los términos y la fundamentación del recurso, de tal forma que se habilite para resolver de modo ágil acerca de la expulsión. Si los mencionados artículos 2 y 3 CEDH se consideran efectivamente violados la víctima debe tener a su disposición un recurso que le proporcione una reparación efectiva

demandado. La ausencia del efecto suspensivo del recurso no determina automáticamente, una violación del artículo 13 del Convenio, si el demandante no alega un riesgo real de violación de los artículos 2 y 3 si es expulsado a su país⁴⁴. Las conocidas “devoluciones en caliente” que han venido sucediendo en los últimos años en la valla fronteriza de Ceuta y Melilla, han sido cuestionadas desde el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Son muchas las imágenes en los medios de comunicación, en la que se percibe como un inmigrante subsahariano, tras saltar la valla de Ceuta o Melilla, es devuelto enseguida por un agente de la Guardia Civil a otro agente de la gendarmería marroquí, a través de una puerta, sin que ni siquiera esta persona, quede identificada. De esta forma, no se incoa un procedimiento sancionador contra el inmigrante, que le permita presentar algún tipo de alegación o recurso, por lo que su intento de entrada queda invisibilizado.

En el caso, de N.D. y N.T. c. España, se ha alegado la vulneración del artículo 13 de la Convención, al considerar que al no haber podido acceder a un procedimiento administrativo sancionador, antes de ser devueltos de facto a Marruecos, se les ha privado del derecho a un recurso efectivo y suspensivo, ya que no se ha incoado ningún procedimiento administrativo individualizado⁴⁵. La falta de un procedimiento administrativo individualizado y sujeto a recurso, evita que el propio interesado pueda presentar las razones por las que desea entrar en el territorio de un tercer país, y determina por lo tanto el carácter colectivo de la expulsión. Cuando tal derecho es negado, el ciudadano extranjero, se sumerge en el anonimato del grupo que intenta entrar en el territorio de un tercer Estado. En estos supuestos, se produce en definitiva una expulsión colectiva, prohibida en el protocolo nº4 de la Convención. La Gran Sala considera que en los supuestos de las “devoluciones en caliente” no se ha producido una expulsión colectiva, ya que los inmigrantes han accedido al territorio del Estado español mediante el supuesto uso de la fuerza, y no acudiendo a los puestos fronterizos habilitados. y solicitando protección internacional en la oficina dispuesta para

⁴⁴ SOLANES CORELLA, A., “La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones en caliente”, CEFD, Número 36 (2017), p 54.

⁴⁵ STEDH, Gran Sala, 8675/15, y 8697/15, N.D. y N.T. c. España, , 13 de febrero de 2020.

ello. La Gran Sala debió haber acudido a su propia jurisprudencia, que señala la existencia de un supuesto de violación del protocolo nº4 cuando no existe dicho tratamiento individualizado, existiera o no un riesgo de violación del artículo 3, en el país de origen⁴⁶. La Gran Sala del Tribunal añade que solo si la entrada se realiza a través del puesto fronterizo, se podrá aplicar el procedimiento administrativo sancionador individualizado que contempla la legislación de extranjería. Las entradas realizadas, saltando la valla fronteriza, fuera por lo tanto de este punto, al realizarse de forma colectiva y supuestamente en el uso de la fuerza, no permiten la aplicación de un procedimiento sancionador individualizado, lo que justifica la expulsión colectiva. Para el Tribunal, en este último supuesto, no se ha producido una violación del artículo 13 del Convenio ni del artículo 4 del Protocolo 4, puesto que los inmigrantes tomaron la decisión de entrar en territorio español de forma masiva y no de forma autorizada. Niega de esta forma, el reconocimiento del derecho a un recurso efectivo, por no acudir a un puesto fronterizo habilitado y por supuestamente entrar mediante el uso de la fuerza y de forma colectiva. Si bien la Convención y la jurisprudencia del Tribunal extienden el reconocimiento del derecho a un recurso efectivo a los inmigrantes irregulares, con esta sentencia, el Tribunal crea o genera un territorio o una zona de “no derechos”, como las vallas fronterizas o las embarcaciones en alta mar, que legitiman por lo tanto las devoluciones sin procedimientos administrativos incoados⁴⁷. La negación de derechos procesales y del procedimiento administrativo, impide al inmigrante expresar y relatar los motivos y las circunstancias de su proceso migratorio.

1.3.1.5. Conclusiones

El debate relativo al principio de legalidad en el ámbito de las políticas migratorias es el del reconocimiento de derechos y garantías de los ciudadanos

⁴⁶ STEDH, Gran Sala, 27765/09, Jamaa y otros contra Italia, , Sentencia de 23 de febrero 2012,

⁴⁷ GONZALEZ VEGA, J.A., “¿Un difícil equilibrio?, la sentencia TEDH (gran sala) de 13 de febrero de 2020, n.d. y n.t. c. España, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo”, RGDE, Nº. 52, 2020, p 33.

extranjeros. En el marco de un procedimiento sancionador, el debate se ha centrado en el reconocimiento de derechos y garantías procesales y de su inclusión dentro de la reserva material de ley. Las normas convencionales de Naciones Unidas dejan en manos de los Estados su reconocimiento, permitiendo que se garanticen en el marco de un procedimiento sancionador en materia migratoria, o en cambio limitando los mismos a los ciudadanos extranjeros documentados regularmente. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, interprete del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el régimen sancionador migratorio, entiende que el reconocimiento de los derechos y garantías debe extenderse a los extranjeros sujetos de un procedimiento administrativo sancionador, razón por la cual su situación administrativa deviene irregular.

No obstante, los instrumentos regionales en materia de derechos y su jurisprudencia reconocen, no obstante, derechos y garantías procesales para los extranjeros sea cual sea su situación administrativa, ante procedimientos sancionadores en frontera, entre los que se incluye el derecho a un recurso efectivo y suspensivo, ante el riesgo de graves violaciones de derechos humanos en caso de expulsión.

Así, la reserva de ley material propuesta desde el Derecho internacional exige la aprobación de una ley de extranjería nacional, que regule un procedimiento administrativo que permita sancionar el incumplimiento de los requisitos de entrada, pero que reconozca derechos y garantías para los ciudadanos extranjeros que son sujetos de este. En todo caso, en aplicación del procedimiento sancionador ante el incumplimiento de los requisitos de entrada, el Derecho internacional permite a los Estados discriminar entre ciudadanos extranjeros en el disfrute de otros derechos.

1.3.2. Principio de igualdad y no discriminación en razón de la situación administrativa

Los principales textos normativos en materia de derechos humanos, tanto la propia DUDH como el PIDCP, recogen el principio de igualdad y no discriminación, que prohíbe expresamente la discriminación en el reconocimiento y acceso a derechos debido a la nacionalidad, el género, la religión o las ideas políticas, pero no hace mención alguna a la situación administrativa de los ciudadanos extranjeros. De esta forma, el reconocimiento de derechos se ve limitado por la situación administrativa del ciudadano extranjero, también en el marco de un procedimiento sancionador. La jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos se ha pronunciado, no obstante, sobre la compatibilidad entre el principio de igualdad y no discriminación y el régimen sancionador en materia migratoria.

1.3.2.1. Pronunciamientos de los tribunales internacionales de derechos humanos

En una interesante opinión consultiva relativa a los derechos de los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señala que las políticas migratorias deben ejecutarse con respeto y garantía de los derechos humanos y que deben ser “objetivas, proporcionales y razonables”⁴⁸. La CIDH garantiza los derechos humanos de los inmigrantes, al asegurar su compatibilidad con el régimen sancionador para que así, los requisitos de las autorizaciones administrativas sean razonables y las sanciones proporcionales. La Corte reconoce la potestad de los Estados para establecer requisitos de entrada y sancionar su incumplimiento, pero considera que la norma sancionadora debe ser proporcional y razonable.

⁴⁸ Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultativa 18/03, de 17 de septiembre de 2003, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La potestad de sancionar la entrada ilegal permite establecer diferencias entre los extranjeros que cumplen los requisitos de entrada y aquellos que no lo hacen. Legítima que el reconocimiento de ciertos derechos se vea condicionado por el cumplimiento de los requisitos de entrada. Por ello, su cumplimiento y la aplicación del régimen sancionador correspondiente determinan un tratamiento diferenciado entre los propios ciudadanos extranjeros. Así, resulta necesario valorar si esta diferenciación es legítima y respetuosa del principio de igualdad y no discriminación, que sanciona la discriminación en el acceso a derechos.

La CIDH reconoce que las políticas públicas en materia migratoria deben respetar el principio de igualdad y no discriminación, pero atiende a ciertas limitaciones ante la potestad de los Estados para determinar su propia legislación de extranjería.

La CIDH señala que⁴⁹:

“En la actual etapa de la evolución del Derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.”

El derecho al debido proceso legal necesita del reconocimiento del derecho a un recurso efectivo, que se convierte, según la CIDH, en una

⁴⁹ Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultativa 18/03, de 17 de septiembre de 2003. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

garantía que se debe reconocer a todo inmigrante sea cual sea su situación administrativa y que debe articular toda política migratoria que legitime la potestad de los Estados sobre el control fronterizo con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

La CIDH sintetiza esta idea en el siguiente párrafo:

“Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana”⁵⁰.

De esta forma, según la CIDH, para que el régimen administrativo sancionador sea compatible con el respeto del principio de igualdad y no discriminación, es necesario que las sanciones sean proporcionadas y razonables, pero que también el derecho a un recurso efectivo sea reconocido a todos los inmigrantes irregulares, y que por lo tanto se incluya en la reserva de ley material que ha de recoger toda legislación de extranjería.

Por su parte, El TEDH advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, considerando la situación de

⁵⁰ Al respecto, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha señalado que [...] no pretende cuestionar ni tampoco cuestiona el derecho de un Estado a tomar acciones legales en contra de los inmigrantes ilegales tales como deportarlos a sus países de origen si los tribunales competentes así lo deciden. Sin embargo, la Comisión considera que es inaceptable deportar a individuos sin darles la posibilidad de argumentar su caso ante las cortes nacionales competentes, ya que ello es contrario al espíritu y texto de la Carta. African Commission of Human and People's Rights, Communication No: 159/96- Union InterAfricaine des Droits de l' Homme, Federation Internationale des Ligues des Droits de l'Homme.

mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran los ciudadanos⁵¹. Un ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía. De tal forma, la diferencia de trato en razón de la situación administrativa recogida por la ley no atentaría contra la prohibición de discriminación recogida en la propia Convención Europea de Derechos Humanos ni contra otras fuentes normativas internacionales⁵². Por lo tanto, basándose en la situación administrativa, el TEDH legitima la discriminación en el acceso a derechos civiles y políticos.

1.3.2.2. Conclusiones

El respeto de los requisitos de entrada determina una diferenciación, entre los propios ciudadanos extranjeros, que tiene importantes consecuencias en el reconocimiento de derechos. El Derecho internacional únicamente obliga a los Estados a aprobar una ley migratoria que recoja la posibilidad de presentar alegaciones ante una autoridad administrativa o judicial, sólo para los ciudadanos extranjeros en situación administrativa regular. Pero los órganos que interpretan esta norma entienden que, si el procedimiento sancionador atiende a los requisitos de entrada o permanencia, que determinan la situación administrativa del extranjero, los derechos y garantías procesales se debe extender también a estos.

De esta forma, el Derecho internacional permite a los Estados decantarse por un reconocimiento de derechos limitado a los extranjeros documentados, o en cambio extender el mismo a todos los extranjeros en los procedimientos

⁵¹ LOPEZ GUERRA L., "La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos", TR, UNED, núm. 42, 2018, pp. 123

⁵² STEDH, Gran Sala, 13378/05, *Burden c. Reino Unido*, 29 de abril de 2008. párr. 60. "[L]a diferencia de trato a personas en situaciones sustancialmente similares [...] es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue un fin legítimo o no hay una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin perseguido."

sancionadores en materia migratoria. El Derecho internacional no establece una obligación inequívoca para el Estado, sino que le da varias alternativas en la determinación y aplicación de un régimen sancionador para los ciudadanos extranjeros, ante supuestos de puesta en peligro de la seguridad nacional o el mero incumplimiento de los requisitos de entrada o permanencia. El Derecho internacional justifica que el Estado priorice su política de seguridad nacional sobre el reconocimiento de derechos a los ciudadanos extranjeros, sea cual sea su situación administrativa. La política migratoria cede y se adapta a los intereses prioritarios del Estado en la defensa de su política de seguridad nacional. En contrario, solo cuando estos intereses no están en juego, la jurisprudencia internacional entiende que se debe extender el reconocimiento de derechos y garantías a los ciudadanos extranjeros que pueden verse sometidos a procedimientos sancionadores en materia migratoria por incumplir los requisitos de entrada o permanencia en un tercer país. De esta forma, en el marco de un procedimiento sancionador en materia migratoria, el respeto del derecho a un recurso efectivo y suspensivo, así como un régimen sancionador razonable y proporcional, justifican en definitiva la compatibilidad entre el principio de igualdad y no discriminación y el propio régimen sancionador en materia migratoria. Con el cumplimiento de este requisito, el Derecho internacional permite que los Estados puedan discriminar en el acceso a derechos en base a la situación administrativa del ciudadano extranjero. .

El Derecho internacional solo obliga al Estado a aprobar una ley de extranjería que recoja el régimen sancionador. Solo exige la existencia de un órgano de control para cuestionar la sanción aprobada según el régimen sancionador existente, pero ni siquiera exige que dicho órgano tenga carácter judicial y sea independiente. Es necesario acudir a la jurisprudencia y la normativa regional en materia de derechos humanos, para reconocer el derecho a un recurso efectivo y suspensivo de todo inmigrante irregular que incumple los requisitos de entrada y que, por ello, va a ser objeto de una sanción de expulsión o devolución. La jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos obliga a los Estados a reconocer este derecho e instrumento principal del inmigrante irregular ante una orden de expulsión o devolución. Solo de esta

manera acepta la compatibilidad entre el principio de igualdad y no discriminación y una norma como la ley de extranjería que discrimina en el acceso a derechos debido a la situación administrativa y la nacionalidad.

Ante la legítima aplicación de la legislación de extranjería de cada Estado, el Derecho internacional solo ofrece garantías de carácter procedimental cuya limitada aplicación queda en manos del Derecho interno de cada Estado, que además puede suspender su práctica para la defensa de su seguridad nacional. Por ello, la práctica administrativa en la aplicación del régimen sancionador en materia migratoria evidencia una confrontación constante entre un Derecho internacional que no termina de reconocer derechos y garantías a los inmigrantes irregulares ante los procedimientos administrativos sancionadores y el derecho interno de los Estados, que justamente se vale de esta indecisión o falta de claridad para justificar una práctica restrictiva y confusa. Así, la defensa de la seguridad nacional se convierte en la justificación o motivación para un reconocimiento limitado de los derechos de los ciudadanos extranjeros.

El TEDH exige el reconocimiento del derecho a un recurso efectivo y también suspensivo cuando el extranjero hace frente a posibles violaciones graves de derechos fundamentales como el relativo a la vida y a la integridad física y moral. Así, la devolución en frontera puede provocar una violación grave los derechos fundamentales del ciudadano extranjero en su país de origen cuando puede ser objeto de torturas o tratos inhumanos y degradantes. Por ello, la regulación de derechos y garantías procesales resulta especialmente relevante en el espacio fronterizo, en el que los procedimientos administrativos sancionadores obedecen a plazos cortos y acelerados. De hecho, la jurisprudencia relativa a estos supuestos de hechos es extensísima, tanto a nivel nacional como internacional. En todos ellos, debe pronunciarse entre, por un lado, una propuesta estatal que limita el efecto suspensivo del derecho al recurso y por otro lado, la denuncia de los riesgos graves de violaciones de derechos humanos por parte del extranjero.

Tras determinar la jurisprudencia internacional, la extensión de los derechos y garantías procesales del extranjero ante el incumplimiento de los

requisitos de entrada es relevante señalar la regulación de la infracción y la sanción correspondiente a este supuesto de hecho. El Derecho internacional en su lucha contra la delincuencia internacional determina la infracción y el régimen sancionador aplicable a la acción de ayuda a la entrada irregular de un extranjero en el territorio de un tercer país a través de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos.

1.3.3. Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional

En diciembre de 2000, se suscribe en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada transnacional junto a dos protocolos relativos al tráfico y a la trata de personas⁵³. La Resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Convención y los dos protocolos el 15 de noviembre del 2000⁵⁴. Se trata de la primera Convención en el ámbito de Naciones Unidas que define el tráfico de personas y la trata de seres humanos y tipifica los delitos relacionados con estas conductas que ameritan una sanción penal⁵⁵. Es la primera norma internacional que establece

53 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; aprobado por Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. El prefacio de este texto realiza esta interesante reflexión sobre la necesidad de este instrumento jurídico internacional “ Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas.”

⁵⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; aprobado por Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000

⁵⁵ Como hemos visto anteriormente, el Derecho Internacional reconoce la potestad soberana de los Estados en el control de fronteras y regulación migratoria, pero no especifica ni aclara el régimen sancionador que legítimamente puede aplicar un Estado en su política migratoria.

definiciones y límites al régimen sancionador en la materia, determinando criterios de proporcionalidad, pero también evidenciando las prioridades y los bienes jurídicos objeto de protección. La Resolución de la Asamblea General se inicia recordando la resolución 53/111, del 9 de diciembre de 1998, en la que decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta con la finalidad de aprobar una convención internacional amplia contra la delincuencia organizada transnacional y de examinar, si procedía, la posibilidad de codificar instrumentos internacionales sobre la trata de mujeres y niños, la lucha contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones, y el tráfico y transporte ilícito de migrantes, incluso por mar.

En el Preámbulo de la Convención, los Estados parte mostraron su preocupación “por las adversas repercusiones económicas y sociales derivadas de las actividades de la delincuencia organizada” y reconocieron estar convencidos de “la necesidad urgente de fortalecer la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente esas actividades en los planos nacional, regional e internacional”.

La Convención busca la cooperación interestatal para responder a un fenómeno global como es la delincuencia organizada transnacional. No pretende establecer los parámetros de una política migratoria estatal a través de la delimitación del régimen sancionador, sino plantear la necesidad de aprobar definiciones y tipos penales comunes para la lucha contra la delincuencia organizada de carácter transnacional, entre los cuales se encuentran varios relacionados con el fenómeno migratorio⁵⁶. Puesto que vincula definitivamente los flujos migratorios irregulares con estos grupos delictivos, a los que responsabiliza del control y promoción de estos, resulta necesario definir y delimitar las organizaciones criminales, ya que además forman parte esencial

⁵⁶ UNDOC, United Nations Office of Drugs and Crime, International framework for action, to implement the smuggling of migrants protocol, Vienna, 2012, P 33.

del tipo penal del delito de tráfico de personas en la Convención de Naciones Unidas.

1.3.3.1. Definición de organización criminal

El artículo 1 de la Convención recuerda que su principal propósito es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional. Los Estados parte aprueban y ratifican esta Convención ya que consideran que el crimen organizado internacional desafía la acción penal de los Estados en la protección de bienes jurídicos cuya naturaleza trasciende del ámbito estatal. La existencia del crimen organizado internacional justifica, por lo tanto, la regulación y actuación conjunta de los Estados en la persecución de delitos como el tráfico ilícito de personas⁵⁷. Ante el compromiso de los Estados en la lucha contra el crimen organizado internacional, el texto presenta un interesante recordatorio en el artículo 4 con la referencia al respeto de la igualdad soberana de los Estados y por el consiguiente principio de no intervención en los asuntos internos de otro Estado. El tenor de este artículo recuerda a las consecuencias de las políticas transnacionales de ciertos Estados sobre otros en la lucha contra el crimen organizado internacional, en el marco por ejemplo del tráfico de estupefacientes o también como veremos en este trabajo en el control de los flujos migratorios por parte de los Estados de tránsito migratorio.

Este texto vincula las migraciones irregulares y el crimen organizado. Entiende que los procesos y proyectos migratorios irregulares o clandestinos se inician o se ven favorecidos por el crimen organizado internacional. Presenta, por lo tanto, un proceso migratorio exclusivamente teledirigido por el crimen organizado, incidiendo así en la “criminalización” de las migraciones y vinculándolo con otros delitos graves de carácter transnacional. El crimen

⁵⁷ ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., “El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas”, RNFP Vol. 12, No. 86, enero-junio 2016, P 75.

organizado transnacional constituye un eje transversal de la Convención y sus protocolos. Por ello, resulta fundamental la introducción y definición del concepto de “crimen organizado transnacional” en una convención internacional.

La convención define en su artículo 2 el concepto de crimen grave como “la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”. Según el artículo 3 de la Convención, tanto el delito de tráfico de personas como el de trata de seres humanos, son crímenes graves de carácter transnacional cometidos por organizaciones criminales.

El carácter transnacional del crimen y la implicación de organizaciones criminales transnacionales justifica la determinación de la infracción penal. Los protocolos adjuntos proponen el tipo penal del delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y/o laboral, así como el del delito de tráfico de personas. Es solo desde la relación del fenómeno migratorio con el crimen organizado transnacional que la comunidad internacional considera relevante regular estas infracciones en el régimen sancionador penal. Por ello, la participación de una organización criminal de carácter transnacional supone un mayor desafío para el Estado, en la persecución de este delito, lo que justifica la aplicación del régimen sancionador penal.

El artículo 5 señala que un delito ha sido cometido por un grupo criminal organizado cuando la comisión, organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave, cuente con la participación de un grupo delictivo organizado. Por ello, la participación de una organización criminal en cualquiera de todas las acciones del proceso establece la gravedad de la infracción y el carácter penal de la sanción. La participación de una organización criminal forma parte esencial de la propuesta

típica, y justifica la sanción penal, y no administrativa, de estas infracciones⁵⁸.

En definitiva, la Convención y sus protocolos, fundamentan la sanción penal en la participación de los miembros de organizaciones criminales transnacionales, y delimitan y justifican la diferenciación con el régimen administrativo sancionador. En definitiva, su propuesta típica se centra en la participación a título de autor, de la organización criminal transnacional, puesto que la lucha contra este fenómeno justifica la aprobación, firma y ratificación de esta convención.

A continuación, es necesario, acudir al tipo penal del delito de tráfico de personas, en los términos que propone la Convención, para evidenciar definitivamente, en qué términos, los Estados firmantes, diferencian la sanción penal de la administrativa, en este caso, en el supuesto de ayuda a la entrada irregular en el territorio de un tercer país.

1.3.3.2. Tipo penal del delito de tráfico de personas

El preámbulo del Protocolo contra el tráfico de migrantes por tierra, mar y aire señala el carácter pionero en el tratamiento de la migración irregular desde el Derecho internacional.

⁵⁸ La persecución de las organizaciones criminales internacionales por la comisión de delitos graves, requiere de la coordinación de los Estados parte en el ejercicio de la jurisdicción. En su artículo 15, la Convención contra la Delincuencia organizada transnacional hace referencia al ejercicio de la jurisdicción para la persecución penal de los delitos tipificados tanto en el propio convenio como en los protocolos. El artículo amplía la jurisdicción cuando el delito ha sido cometido por un nacional de un Estado miembro pero también cuando se comete fuera de su territorio con miras a cometer, dentro su territorio, un delito grave tipificado en el propio convenio. Incluye además la obligación del Estado de respetar el principio "Aut dedere aut judicare" por el que el Estado parte tiene la obligación de juzgar si decide no extraditar al responsable de delitos tipificados en la presente Convención. El mismo artículo incluye una medida interesante de comunicación y coordinación en el supuesto de que dos Estados parte hayan iniciado un procesamiento judicial por delitos contemplados en la Convención contra la misma persona. Los artículos 16 y 18 incluyen interesantes e importantes medidas sobre procesos de extradición y cooperación judicial, incidiendo, principalmente, en el carácter instrumental y práctico de este Convenio.

El protocolo adjunto a la Convención define, en el artículo 2, el tráfico ilícito de migrantes como:

“la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.”

El texto incluye en la definición de tráfico ilícito de migrantes no solo la acción de entrada, sino también el propósito o interés del autor material de tal facilitación. A su vez, el ánimo de lucro se convierte en uno de los principales elementos del tipo penal⁵⁹.

El mismo artículo 2 define lo que se entiende por entrada ilegal, considerando que se trata del “paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor.” De esta forma, se deja en manos del Estado la determinación de las condiciones de entrada en su país, reconociendo así su potestad soberana en el establecimiento de su legislación de extranjería. No se trata de una Convención en materia de extranjería por cuanto no regula los requisitos de entrada en un tercer país. Los Estados son muy celosos de dicha potestad y por lo tanto no aceptan que una norma internacional, les imponga dichos requisitos. La regulación de la infracción y la sanción correspondiente queda en manos del derecho interno de cada Estado. Por su carácter transnacional y transfronterizo, los Estados tipifican en el protocolo adjunto, el delito de tráfico de personas. El tipo penal exige que se produzca por parte de una organización criminal y no por un mero grupo de inmigrantes. La participación de una organización criminal que obra con ánimo

⁵⁹ Travaux préparatoires, De las negociaciones para la elaboración de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. Nueva York, 2008, página 517.11^o período de sesiones A/AC.254/5/Add.38. Viena, 2 a 27 de octubre de 2000. “El Protocolo sigue, en ese artículo, el precedente de la Convención (art. 34, párr. 2). La referencia que se hace en el párrafo 1 a “un beneficio económico u otro beneficio de orden material” como elemento de los delitos en él enunciados se hizo para recalcar la finalidad de incluir las actividades de los grupos delictivos organizados que actúen con fines de lucro, pero excluyendo de su ámbito las actividades de todos aquellos que prestan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o de vínculos familiares estrechos. El Protocolo no tiene por objeto criminalizar las actividades de los familiares o grupos de apoyo religiosos o de organizaciones no gubernamentales.”

de lucro, constituye el elemento esencial y la fundamentación penal del hecho ilícito. Por ello, solo son objeto de sanción los miembros de una organización criminal y no terceras personas que, aunque tengan ánimo de lucro, no forman parte de esta. Por ello, en esta Convención, la pertenencia a una organización criminal y el ánimo de lucro, no son requisitos diferenciados sino cumulativos.

Este es el primer texto de carácter normativo que desde el Derecho internacional delimita la aplicación de los dos regímenes sancionadores respecto de la ayuda a la entrada irregular. Establece así dos criterios que permiten justificar la diferenciación entre ambos regímenes para esta misma infracción.

De esta forma, por exclusión, las actividades de familiares o grupos de apoyo a inmigrantes no resultan delictivas porque no tienen ánimo de lucro y por supuesto no forman parte de una organización criminal en el sentido de la Convención. La norma no necesita precisar que la ayuda humanitaria es atípica por cuanto sanciona exclusivamente a los miembros de una organización criminal. La propuesta típica establece una autoría en exclusiva, y de forma clara y explícita en su redacción. La delimitación es clara y no caben equívocos para una posible sanción de los que presten ayuda humanitaria.

En la misma línea, para evitar la ampliación de la autoría al propio inmigrante, el artículo 5 señala que:

“Los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.”.

En definitiva, mediante una fórmula sencilla y clara, la Convención delimita la autoría en el delito de tráfico de personas. Es cierto, por otro lado, que no excluye la sanción de la mera complicidad o corresponsabilidad comisiva como tampoco la sanción penal de la mera entrada irregular en territorio⁶⁰. No queda

⁶⁰ En las reuniones del Comité especial de preparación de esta Convención y sus protocolos, el representante de Azerbaiyán consideró que el artículo que hace referencia a la responsabilidad penal de los migrantes debía ser eliminado debido a una ambigüedad que podría generar dificultades a la hora de

claro si el migrante, aun sin ser condenado en grado de autor por este tipo penal, puede ser condenado como cómplice, por su menor participación en el hecho delictivo. La convención no ofrece ninguna respuesta al efecto.

En cambio, por otro lado, el artículo 6.4 de este Protocolo aporta aún más confusión al señalar que:

“Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su Derecho interno”⁶¹.

Esta cláusula permite que cualquier regulación de Derecho interno de un Estado parte pueda sancionar penalmente, ya no solo al traficante de personas, sino también al propio migrante por la comisión de otro tipo penal, que no se derive de la misma convención. En todo caso, en esa misma entrada en el territorio de un tercer país, si pudiera ser sancionado, incluso penalmente, por mero incumplimiento de los requisitos exigidos.

La Convención y los protocolos adjuntos centran su objetivo en coordinar la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, mediante la aprobación de un tipo penal y no en establecer pautas comunes para una política migratoria y su régimen sancionador. Por ello, los Estados parte solo alcanzaron un acuerdo respecto a la sanción penal del favorecimiento lucrativo de la entrada irregular por parte de un grupo criminal, pero no respecto a esta misma.

A continuación, si la ayuda a la entrada irregular es el único delito recogido en este protocolo, y el inmigrante no puede ser considerado autor, cabe analizar su papel como víctima de este.

determinar si los migrantes objetos del tráfico podrían ser enjuiciados penalmente por haber cruzado ilegalmente una frontera estatal.

⁶¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

1.3.3.3. La víctima en el delito de tráfico de personas

El Protocolo contra el tráfico de personas sanciona exclusivamente el favorecimiento lucrativo de la entrada irregular de inmigrantes por parte del crimen organizada transnacional, por lo que resulta necesario determinar si pueden ser considerados víctimas. De esta forma, se determina el verdadero objeto de protección de este delito y del régimen sancionador propuesto por los Estados en la Convención y los Protocolos.

La Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus dos protocolos relativos al tráfico y la trata de personas presentan diferentes conceptos de víctimas de los delitos tipificados. El análisis del tratamiento de la figura de la víctima permite conocer la verdadera voluntad de los Estados en la protección de los migrantes a través de su proceso migratorio.

La Convención no incluye el concepto de víctima entre los conceptos definidos en su artículo 2, pero su artículo 24 recoge el establecimiento de medidas para la protección de testigos en una investigación policial y/o judicial⁶². En este sentido, el artículo 25 es el único que recoge alguna medida a favor de las víctimas del delito de trata de seres humanos y de tráfico de personas, incluida la participación de la víctima en el proceso penal abierto.

La utilización en el articulado de la convención, de términos genéricos como “opiniones y preocupaciones” o “con sujeción a su Derecho interno”, no garantiza el reconocimiento de derechos procesales de la víctima en un proceso penal. Los términos de este artículo transmiten una obligación estatal “limitada a

⁶² Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

las posibilidades” del Estado parte, y una participación secundaria en el proceso penal de la víctima⁶³.

En lo que se refiere a la protección de la víctima, la Convención debería establecer una estándar de protección más exigente para los Estados parte, considerando el carácter especialmente vulnerable de la misma, así como la peligrosidad de los grupos delictivos organizados. En una Convención que busca convertirse en un instrumento legal útil en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, la protección de las víctimas del delito debería ser una prioridad para garantizar su defensa, pero también para permitir una persecución judicial efectiva.

Aunque fuera con el objeto de fortalecer la lucha contra el crimen, desde una visión pragmática, la protección de las víctimas y su participación en el proceso penal debe ser una prioridad de los Estados. No puede ser considerada una Convención sobre los Derechos Humanos, ni tampoco sobre la política migratoria. No pretende ser, por lo tanto, un texto garantista de los derechos de los migrantes, sino más bien un instrumento interestatal eficaz para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional.

El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire presenta a los inmigrantes como objeto del delito sin reseñar su cualidad de víctima. En ningún momento, la Convención y sus protocolos utilizan el término “víctima”, ni reconocen derecho alguno ante la justicia. En los trabajos preparatorios de este protocolo adjunto a la convención, se produjo un debate respecto al uso del término “víctima” para referirse a los migrantes objetos del

⁶³ La nota interpretativa referente al artículo 25 de la Convención aprobada por el Comité Especial que figura en su informe sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11º (véase A/55/383/Add.1, párr. 48) es la siguiente: “Aunque este artículo se centra en la protección física de las víctimas, el Comité Especial tuvo presente la necesidad de proteger los derechos de la persona consagrados en el derecho internacional aplicable.”

tráfico de personas, utilizándose finalmente el término de “sujeto de derecho” a proteger⁶⁴.

El uso del término “objeto de las conductas” denota con toda claridad el carácter secundario e instrumental del inmigrante. El migrante no es sujeto de derechos, sino parte pasiva en la acción típica. Para la realización de la acción típica, es necesaria su participación mediante el intento de entrar irregularmente en España, pero desde el resto del articulado se evidencia que la Convención no pretende garantizar su protección, ante la intervención típica del traficante de personas. El bien jurídico objeto de protección penal que justifica la sanción penal no puede encontrar acomodo en los derechos de la víctima, pues según el protocolo esta no existe como tal. Sin duda, el tipo penal del tráfico de personas busca proteger otros intereses o bienes jurídicos. El protocolo resulta relevante, en definitiva, no solo por el tipo penal establecido, sino también por el tratamiento que hace de la figura de la víctima, que cuestiona que los derechos de esta puedan ser el verdadero bien jurídico objeto de protección penal.

En este sentido, el artículo 18 se refiere a la repatriación de los migrantes objetos de tráfico ilícito, pero no a la víctima. Obvia así el concepto de víctima y antepone, de forma clara, la articulación de los procesos de deportación a la situación administrativa irregular de la víctima.

El Protocolo relativo al tráfico de personas, a través del tratamiento reservado al inmigrante, evidencia las contradicciones a las que hace frente la política criminal en materia migratoria. No reconoce su cualidad de víctima, pero en cambio, prima su carácter de infractor de la legislación de extranjería. Si el

⁶⁴ En el octavo período de sesiones del Comité Especial hubo un extenso debate sobre la necesidad de incorporar un texto en el que se hiciera referencia a la protección de las víctimas o migrantes. En principio, la mayoría de las delegaciones apoyó esta idea. Algunas de ellas preferían colocar el texto en el artículo 3, pero un número considerable de delegaciones consideraron que debía incluirse en otra parte. Tras examinar las propuestas, se decidió incorporar el párrafo 2 del artículo 1 como alternativa para el proyecto de protocolo que había presentado México en el sexto período de sesiones (véase A/AC.254/L.96). Se decidió, asimismo, colocar el texto entre corchetes hasta que se celebraran nuevas deliberaciones. Una delegación propuso que, en caso de utilizar este texto, las palabras “las víctimas de dicho tráfico” debían sustituirse por las palabras “los migrantes objetos de tráfico” para lograr una mayor coherencia con el contenido sustantivo del proyecto de protocolo.

inmigrante, víctima de un traficante de personas, resulta expulsada en razón de su situación administrativa irregular, no podrá participar en un proceso criminal que pudiera iniciarse contra el mismo, lo que sin duda dificulta la persecución contra el crimen organizado transnacional. De esta forma, los Estados anteponen la defensa de su política migratoria y la aplicación del régimen sancionador en la materia, a la protección de la víctima. En definitiva, el Estado prioriza la lucha contra el crimen organizado transnacional o la aplicación de la legislación de extranjería sobre la defensa de los derechos del inmigrante como víctima de un delito. En este sentido, resulta interesante estudiar el tratamiento de la soberanía del Estado en el régimen sancionador en materia migratoria, que justifique su priorización sobre los derechos del inmigrante, objeto de este.

1.3.3.4. Soberanía estatal en el régimen sancionador

El principal objetivo de la Convención es articular una lucha transnacional eficaz contra la delincuencia organizada internacional. Aun así, la Convención y sus protocolos establecen límites para la defensa de su soberanía estatal. De forma clara, el artículo 4 recuerda que los Estados deben cumplir con las obligaciones recogidas en el tratado, respetando los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como la no intervención en asuntos internos de otros Estados.

El carácter transnacional de la actividad delictiva puede determinar el interés de ciertos Estados de interferir en los asuntos de terceros. El ejemplo paradigmático sería la lucha contra el tráfico de estupefacientes. En el caso de la lucha contra el delito de tráfico de personas o de trata de seres humanos se puede producir que, en países de origen o tránsito migratorio, sus autoridades no persigan con la suficiente diligencia estos delitos. Los Estados de origen o de tránsito del flujo migratorio, pueden ser víctimas de la injerencia de los Estados receptores en su lucha y represión de los flujos migratorios con destino a su

país⁶⁵. La búsqueda de una política migratoria efectiva de los Estados receptores de migrantes puede provocar la injerencia en los asuntos internos de terceros países de tránsito u origen migratorio⁶⁶. La persecución de estos delitos quedaría a merced de la operatividad, diligencia, voluntad o capacidad política, jurídica y logística por parte de los Estados, lo que limita su eficacia y a menudo permite la supervivencia de las organizaciones criminales internacionales. En España, a estos efectos, a través de la reforma de la Ley Orgánica 13/2007, de 13 de noviembre, el artículo 23.2 de la LOPJ determina que los delitos de trata de personas o contra los ciudadanos extranjeros podrán ser perseguidos por la Jurisdicción española cuando sean cometidos fuera de España por españoles o extranjeros, siempre y cuando haya un tratado internacional firmado y ratificado por España que así lo disponga⁶⁷.

Otro límite a la potestad soberana de los Estados se encuentra en el artículo 19, que remite al Derecho internacional de los derechos humanos, a la Convención sobre el estatuto de los Refugiados de 1951 y en especial al principio de no devolución. Este principio impide la expulsión al país de origen o la devolución en frontera, en aplicación de la legislación de extranjería, hasta que la solicitud de asilo del interesado haya sido objeto de estudio y haya sido denegada. De esta forma, la legislación de extranjería se somete a la primacía de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados⁶⁸.

⁶⁵ Es conocido el precedente de la injerencia en terceros Estados en la lucha contra el tráfico de sustancias o actividades ilícitas (estas afirmaciones mejor sin van acompañadas de referencias doctrinales o alguna otra fuente) Si vinculamos el tráfico y la trata de personas con el crimen organizado internacional, deberemos relacionarlo con otros tráficos ilícitos y, por lo tanto, podremos considerar que se reproducen ciertos patrones de "lucha transnacional" de los Estados receptores.

⁶⁶ La externalización del control fronterizo a través de un tercer Estado, sin duda constituye un ejemplo de injerencia consentida en los asuntos internos de un tercer Estado. NARANJO GIRALDO, G.E., "Desterritorialización de fronteras y externalización de políticas migratorias. Flujos migratorios irregulares y control de las fronteras exteriores en la frontera España-Marruecos", EP, 45, IEP, Universidad de Antioquia, (2014). p 15.

⁶⁷ Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007.

⁶⁸ Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York, el 31 de enero de 1967. BOE número 252, de 21 de octubre de 1978.

Pese a la existencia de un espíritu de cooperación y coordinación, entre los Estados en su lucha contra el crimen organizado transnacional, los Estados han buscado asegurar el respeto de su soberanía estatal, especialmente en materia migratoria y del régimen sancionador correspondiente, aún a precio de dificultar en la práctica, la persecución del crimen organizado transnacional y la protección de los derechos del inmigrante como víctima de un delito.

1.3.4. Conclusiones

El Derecho internacional articula las potestades y las obligaciones de los Estados en materia migratoria. Por un lado, es costumbre internacional incontestada el reconocimiento de su competencia en el control fronterizo y la determinación de los requisitos de entrada y permanencia. A su vez, obliga al Estado en el respeto del principio de legalidad, y en la determinación y aplicación de un régimen sancionador que justifique la expulsión de un ciudadano extranjero. Cuando operan razones de interés nacional para la defensa de la seguridad y el orden público, acepta la suspensión del mismo principio de legalidad o de la posibilidad de presentar alegaciones ante una autoridad, con respecto a la expulsión de un ciudadano que se encuentre en situación regular. Legítima la preferencia de la seguridad nacional sobre cualquier derecho o garantía de un ciudadano extranjero frente a un tercer Estado. De esta forma, ante una regulación tan poco exhaustiva en el reconocimiento de derechos y condicionada a los intereses estatales, los Estados pueden adoptar una legislación nacional poco garantista. El Derecho internacional se adapta a las propuestas de los legisladores nacionales, sin determinar ninguna obligación o compromiso relevante respecto del tratamiento del ciudadano extranjero. Solo la jurisprudencia internacional, fruto de la práctica administrativa en diferentes Estados, ha evidenciado cómo en los procedimientos administrativos sancionadores, es necesario extender los derechos y garantías a los ciudadanos extranjeros, objeto de los mismos y que por tal motivo devienen en situación administrativa irregular. De esta forma, entiende que resulta razonable que en el

procedimiento administrativo que determina la situación administrativa en razón del incumplimiento de los requisitos de entrada, se deben reconocer estos derechos a este colectivo. Por ello, el reconocimiento de derechos y garantías procesales para los ciudadanos extranjeros indocumentados es objeto de una interminable práctica administrativa y jurisprudencial, que dirime constantemente el conflicto jurídico entre los intereses contrapuestos ante el proceso migratorio del inmigrante y del Estado de país de destino. La falta de una propuesta unívoca desde el Derecho internacional, genera una extensa conflictividad jurídica y judicial y permite en definitiva a cada Estado, un tratamiento diferenciado.

La jurisprudencia internacional ha analizado la discriminación en el acceso a derechos debido a la situación administrativa, que establece la legislación de extranjería, y su compatibilidad con el principio de igualdad y no discriminación. Esta cuestión jurídica sacude el fundamento de la legislación de extranjería por cuanto la enfrenta a un principio esencial del Derecho Internacional como es el de igualdad y no discriminación. La jurisprudencia internacional, y en particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha resuelto esta cuestión exigiendo un régimen sancionador proporcionado y razonable, que reconozca a los inmigrantes objeto de un procedimiento sancionador, derechos y garantías básicos para hacer frente al mismo. La Corte considera que la discriminación en el acceso a derechos debido a la situación administrativa es legítima, siempre que se dote al inmigrante de estos instrumentos jurídicos, como el derecho a un recurso efectivo y suspensivo.

De esta forma, la práctica administrativa y la jurisprudencia en la aplicación del régimen sancionador, se ha centrado con frecuencia en el reconocimiento y el alcance del derecho a un recurso efectivo y suspensivo en el marco de un procedimiento sancionador ante el incumplimiento de los requisitos de entrada, en frontera. La entrada en puesto fronterizo constituye el momento y en el lugar de un conflicto jurídico entre el Estado y el individuo, que debe dirimirse a través de un procedimiento administrativo, que, ante las consecuencias para este último, debe garantizar derechos y garantías para hacerle frente. Solo, la jurisprudencia internacional ofrece una respuesta y una

interpretación acorde y coherente en el reconocimiento de los derechos y garantías de los ciudadanos extranjeros ante el incumplimiento de los requisitos de entrada en un tercer país. En cambio, los Estados se aprovechan de una norma internacional cuya interpretación literal y formal, no les compromete en el reconocimiento de derechos y garantías para estos ciudadanos.

Respecto a las infracciones en particular, desde el Derecho internacional, solo es posible deducir la determinación de los tipos penales de los delitos de tráfico de personas y de trata de seres humanos. No existe propuesta alguna respecto de la infracción relativa a la entrada irregular, ya que queda en manos del Estado su regulación y sanción. A este respecto, la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional sanciona la ayuda a la entrada irregular, cuando su autoría corresponde a un miembro de una organización criminal, que obra con ánimo de lucro. De esta forma, respecto a esta infracción de ayuda a la entrada, delimita claramente en que supuestos amerita una sanción penal y no administrativa. Aporta aún mayor precisión y claridad al señalar, además, que el inmigrante no puede ser sancionado por esta infracción. En cambio, por otra parte, la norma no impide que los Estados puedan incluso sancionar penalmente la propia entrada irregular, al establecer una cláusula de salvaguarda en favor de los Estados parte a la Convención. De esta forma, la determinación de la infracción y de la sanción de la propia entrada irregular quedaría fuera de la norma que obliga a los Estados parte.

En todo caso, es necesario recordar que la Convención y sus protocolos, tiene por objeto la lucha contra el crimen organizado transnacional. Vincula este fenómeno con las migraciones, al hacerlos responsables de los flujos migratorios irregulares, siempre desde la defensa de los intereses y objetivos de los Estados parte. Como ya se ha señalado, no se trata de una norma que proponga una regulación de la política migratoria ni que tampoco reconozca derechos y garantías para los inmigrantes, ni siquiera como víctimas de un delito.

En definitiva, si bien esta propuesta normativa constituye un importante antecedente, en la lucha contra el crimen organizado transnacional, para lo que realiza una propuesta típica del delito de tráfico de personas, no determina

obligación alguna para los Estados en materia de extranjería y del régimen sancionador aplicable a la entrada irregular en el territorio de un tercer país.

Con el objetivo de seguir analizando la construcción del régimen sancionador aplicable a la entrada irregular, es necesario acudir al Derecho comunitario para analizar su propuesta respecto de la infracción relativa a la entrada irregular y a la acción de ayuda, así como el reconocimiento de derechos y garantías. Permitirá igualmente conocer la motivación del legislador comunitario a través del régimen sancionador que será transpuesto al ordenamiento interno español, y del que se deducirá un bien jurídico objeto de protección, que deberá ser objeto de análisis para estudiar la progresiva criminalización de la entrada en España.

La entrada irregular en el territorio de un tercer país, así como el delito de tráfico de personas, han sido objeto de desarrollo normativo, en el proceso de desarrollo de la legislación comunitaria, en materia migratoria, que posteriormente se ha transpuesto al ordenamiento español.

1.4. Régimen sancionador en materia migratoria, en el Derecho comunitario

1.4.1. Defensa del espacio de libertad, seguridad y justicia

El proceso de construcción de una organización política a través de la figura de Unión Europea ha precisado no solo de la creación de un sistema institucional fuerte, representativo y democrático, sino también de la creación de un espacio o territorio común. Junto con el concepto jurídico de ciudadanía europea, ha sido necesario crear un territorio abierto a la circulación de personas y mercancías⁶⁹. De esta forma, se crea un espacio de libertad, seguridad y

⁶⁹ GARCÍA ANDRADE, P., "La acción exterior de la Unión Europea en materia migratoria: un reparto de competencias", Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, P 78.

justicia que consolida y garantiza geográfica y jurídicamente dicho concepto de ciudadanía europea⁷⁰. En un primer momento, este proyecto político europeo se desarrolló a través de la creación del llamado “espacio Schengen”, y se vio complementado por los sucesivos tratados de Maastricht, Ámsterdam y Lisboa.

No se puede entender la política migratoria española, especialmente en su régimen sancionador, sin conocer su desarrollo a partir del Derecho comunitario. El reconocimiento de la libertad de circulación de personas, capitales y mercancías requiere de la creación de un espacio normativo y geográfico que garantice su ejercicio. Este proceso resulta esencial en la fundamentación y justificación de las políticas migratorias en la Unión Europea. El marco normativo que se construye desde los Estados y las instituciones europeas tiene como principal objetivo la construcción y el mantenimiento de dicho espacio de libertad, seguridad y justicia. Los regímenes sancionadores en materia de extranjería que han establecido los Estados buscan reforzar y proteger dicho espacio⁷¹. El 19 de junio de 1990 se firmó el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen que entró en vigor el 26 de marzo de 1995. El Convenio de Schengen define las condiciones y las garantías para

⁷⁰ FERNANDEZ ROJAS, J.C., “El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia consolidado por la Constitución Europea”, RJE La Ley, 2004, 4, D-195, p 1878.

⁷¹ Los primeros pasos en este sentido se produjeron con la creación del Espacio Schengen. El Libro Blanco de la Comisión Europea para la consecución del mercado interior que fue presentado en junio de 1985 y la revisión de los Tratados constitutivos para el Acta Única Europea preveían una estrategia y un calendario para alcanzar el mercado interior, entendido como un espacio sin fronteras interiores donde se realiza de forma efectiva la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. El planteamiento esencial de la Comisión Europea implicaba la eliminación de los obstáculos derivados de las fronteras físicas, técnicas y fiscales, y a tal efecto se disponía de un calendario que incluía la adopción de una serie de medidas que tenían que ser tomadas por las instituciones comunitarias antes del 31 de diciembre de 1992. En el ámbito de la libre circulación de personas, se proponía la adopción de acciones para suprimir los controles fronterizos internos entre los Estados miembros; este objetivo requería, indirecta y complementariamente, mejorar y reforzar el control de las fronteras exteriores de la Comunidad Europea. En estos apartados, el programa no se cumplió. La razón fundamental fue que algunos Estados miembros se opusieron a que aspectos tan sensibles como el control de los nacionales de terceros Estados fueran objeto de regulación en el seno de la Comunidad Europea, alegando la conveniencia de mantener un cierto margen de actuación con respecto a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad y el tráfico de drogas.

establecer un espacio sin controles en las fronteras interiores⁷². El concepto de la libre circulación de personas ha ido evolucionando desde su creación. Las primeras disposiciones en la materia, establecidas en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957, se referían únicamente a la libre circulación de trabajadores y a la libertad de establecimiento, es decir, a las personas en cuanto empleados o prestadores de servicios⁷³. El Tratado de Maastricht introdujo, en cambio, en su artículo B, el concepto de ciudadanía de la Unión Europea; todos los nacionales de un Estado miembro son automáticamente ciudadanos de la Unión. Dicha ciudadanía es la que sustenta el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros⁷⁴. Así, los tratados fundamentales desarrollan el concepto, el objetivo y la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia. El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea propone por primera vez, como uno de los objetivos de la Unión Europea:

"mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas juntamente con medidas adecuadas respecto al control de fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia".

Así, la creación de un proyecto político común y la determinación de la ciudadanía europea se convierte en la última motivación y justificación de la

⁷² Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (Diario Oficial de la Unión Europea núm. 77, de 23 de marzo de 2016). Lo firmaron los cinco países citados anteriormente el 19 de junio de 1990 y entró en vigor en 1995. El Acuerdo y el Convenio, junto con los acuerdos y normas relacionadas, conforman el «acervo de Schengen», que se integró en el marco de la UE en 1999 y que se ha convertido en parte de la legislación de la UE.

⁷³ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Tratado fundacional firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 y entró en vigor el 1 enero de 1958.

⁷⁴ Artículo B del Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea. firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Entrada en vigor 1 de noviembre de 1993. Diario Oficial DO C 191 de 29/07/1992. Instrumento de Ratificación del Tratado de la Unión Europea, «BOE» núm. 11, de 13 de enero de 1994. Por esa razón, el artículo B del Tratado UE se establece como objetivo de la Unión Europea: «desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior».

OLESTI RAYO, A., "El espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea", REAF, número 15. abril 2012, página 55.

política migratoria comunitaria⁷⁵. El proyecto político europeo se materializa a través del espacio de libertad, seguridad y justicia que necesita de una política migratoria común. De esta forma, esta política pública deviene una de las políticas más relevantes de la Unión Europea. Por ello, resulta fundamental analizar el alcance y la repercusión de la política migratoria comunitaria, a través de las competencias que asume.

1.4.2. Competencias comunitarias en materia de inmigración y asilo

En un primer momento, el Tratado de Maastricht introduce como política fundamental de la Unión Europea la cooperación en los ámbitos de interior y justicia, que serán desarrollados en el marco del tercer pilar o pilar de cooperación intergubernamental, aunque algunos ámbitos, relacionados con la libre circulación de personas en el mercado interior europeo, se someten al régimen comunitario de integración.

Por ello, el artículo K. 1 del Tratado UE incluye la política comunitaria relacionada con la libre circulación de personas y la política de inmigración en las materias de cooperación intergubernamental. Se reconoce formalmente el interés común de todos los Estados miembros en materia de asilo e inmigración, que no pueden ser gestionados individualmente por cada Estado. A este respecto, en el “pilar” relativo a los asuntos de Interior y Justicia, los Estados miembros deciden establecer:

“1) La política de asilo; 2) Las normas por las que se rigen el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros y la práctica de controles sobre esas personas;3) La política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de: a) las condiciones de acceso al territorio de los Estados miembros y de circulación por el mismo de los nacionales de terceros Estados; b) las condiciones de

⁷⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea”, RJE La Ley, 2004, 4, D-195, P. 1869.

estancia de los nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros, incluidos el acceso al empleo y la reagrupación familiar; c) la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros...”

En Maastricht, los fenómenos migratorios fueron considerados como problemas de seguridad nacional y de política exterior, de ahí que las políticas migratorias propuestas se centraran más en el control y represión del flujo migratorio que en las políticas de integración social⁷⁶. La cooperación intergubernamental se demostró insuficiente para cumplir el objetivo de articular una política migratoria comunitaria e hizo necesaria su integración en las competencias de la Comisión europea. Finalmente, en el año 1997, a través del Tratado de Ámsterdam, la cuestión de la inmigración pasó a ser competencia de la Unión Europea. Los elementos con los que el Tratado de Ámsterdam configura el nuevo espacio europeo son sustancialmente tres: en primer lugar, se «comunitariza» gran parte del tercer pilar intergubernamental integrándolo en el Tratado CE a través de un nuevo capítulo titulado “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”. En segundo lugar, se reconfigura el tercer pilar quedando muy reducido y limitándolo a la cooperación policial y judicial en materia penal. Por último, se incluye en la Unión Europea, en el pilar comunitario o primer pilar, el acervo de Schengen. La “comunitarización” del espacio de libertad, seguridad y justicia ha sido considerada uno de los grandes éxitos del Tratado de Ámsterdam⁷⁷.

El convenio “Schengen incorporado al acervo comunitario a través del tratado de Ámsterdam, compromete a las partes contratantes a fijar sanciones que penalicen el cruce no autorizado de las fronteras externas y especialmente establece sanciones adecuadas contra cualquier persona que con fines lucrativos ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en el

⁷⁶ GOIG MÁRTINEZ, J.M., RDUE, nº 32. Enero - junio 2017. P. 94.

⁷⁷ ORDOÑEZ SOLIS, D., “El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, REP (Nueva Época) Núm. 119. Enero-marzo 2003. Págs. 53 y siguientes.

interior⁷⁸. El acervo Schengen se incorporó al derecho de la Unión Europea cuando entró en vigor el Tratado de Ámsterdam, el 1 de noviembre de 1999, mediante un protocolo anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de la Comunidad Europea. Es por lo tanto desde el tratado de “Schengen” que se tipifica en el marco comunitario, las infracciones relativas a la entrada irregular y la ayuda la entrada.

Además de incorporar el “acervo Schengen”, el Tratado de Ámsterdam permitió que la Unión Europea tuviera competencias y capacidad de acción en el ámbito del control de las fronteras, asilo e inmigración⁷⁹. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su título V, en los artículos 64 y siguientes, desarrolla las consecuencias del espacio de libertad, seguridad y justicia. Incide en la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y en el desarrollo de una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores. En este sentido, en los artículos 77 y siguientes, desarrolla las políticas migratorias, que tendrán por objeto la vigilancia y la gestión conjunta de las fronteras exteriores de la Unión Europea. Establece igualmente una política común de visados y otros permisos de corta duración, así como una política común de asilo y protección subsidiaria.

El espacio de libertad, seguridad y justicia, y la política migratoria, se encuentran entre las políticas compartidas de la Unión Europea con los Estados miembros, a merced del artículo 4.2.j) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La “comunitarización” de las políticas migratorias resulta fundamental para una gestión más eficaz y coordinada de las políticas migratorias estatales. Los Estados miembro deciden comunitarizar parte de las materias clave de toda política migratoria. El proceso de “comunitarización” no determina necesariamente una responsabilidad exclusiva de la administración comunitaria,

⁷⁸Artículo 27.1. Las Partes contratantes se comprometen a establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o a permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando la legislación de dicha Parte contratante sobre entrada y estancia de extranjeros. Acervo de Schengen.

⁷⁹ LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M.P., “Política común de inmigración en la UE: del Tratado de Ámsterdam a la Constitución Europea”, RUCT. Julio 2006. Universidad de Valladolid. P 52.

sino más bien determina el marco normativo o incluso logístico para su realización. Los Estados parte aceptan un marco normativo común en muchas materias incluidas en la política migratoria pero cuyas competencias ejercen en cooperación.

El Consejo Europeo que se desarrolló en Tampere (Finlandia) situó la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia como una de las máximas prioridades del programa político del Consejo Europeo⁸⁰.

Determinó, a su vez, una necesaria política común en materia de asilo e inmigración basada en los siguientes principios: 1. Colaboración con los países de origen. 2. Establecimiento de un sistema europeo común de asilo. 3. Gestión de los flujos migratorios, incluyendo la reagrupación familiar. 4. Trato justo a los nacionales de terceros países⁸¹. Incide igualmente en la lucha contra la delincuencia de la Unión Europea. Las conclusiones alcanzadas en este Consejo Europeo resultan también esenciales en la construcción del discurso político y mediático de los líderes políticos y de las instituciones comunitarias. Por un lado, fomenta las políticas de integración y reconocimiento de derechos hacia los ciudadanos extranjeros documentados, pero también promueve la lucha contra la inmigración irregular y contra la figura del traficante de personas⁸².

De esta forma, las instituciones comunitarias y los Estados miembros adoptan no solo una política, sino también un discurso político y mediático contra la inmigración irregular. Crean la figura del traficante de personas y lo responsabilizan de los flujos de inmigración irregular. Aquel que ayuda en el

⁸⁰ Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, en SN 200/99.

⁸¹ GOIG MARTÍNEZ, J.M., RDUE. nº 32 - enero - junio 2017. P 78. "La Unión Europea deberá garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de sus Estados miembros, en el seno de una política de integración –integración que debe de ser bidireccional por cuanto debe de buscar la adaptación de todos los sujetos implicados, los inmigrantes y la sociedad de acogida– que pasa indefectiblemente por concederles derechos y libertades, y obligaciones, comparables a las de los ciudadanos de la Unión, fomentando la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural, y por desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia. Esta proclamación también se manifiesta en la Carta de Derechos Fundamentales de Niza en la que se reconocen determinados derechos aplicables a los nacionales de terceros países."

⁸² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea", RJE La Ley, 2004, 4, D-195, p. 1877.

proceso de entrada irregular, es vinculado con el fenómeno de la delincuencia organizada, en la línea de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Así pues, el régimen sancionador en materia migratoria ya no solo va dirigido hacia el inmigrante, sino también hacia aquel que presta ayuda. Así el estudio del régimen sancionador aplicable a la entrada irregular también debe extenderse a la acción de ayuda a esa entrada. Será por lo tanto necesario realizar el estudio de ambas infracciones y de las sanciones correspondientes. Por ello, el régimen sancionador que fundamenta ambas infracciones tiene un doble objetivo, la lucha contra la propia inmigración irregular y a su vez contra los traficantes de personas.

El Tratado de Lisboa incide así en la pertinencia de acudir a un régimen sancionador penal justamente ante la naturaleza transnacional de los crímenes más graves, cometidos por la delincuencia organizada internacional. Mediante la tipificación graves de delitos de carácter transnacional, se crea el Derecho penal europeo⁸³. Así, los tratados comunitarios fundamentan un Derecho penal europeo que sustenta un régimen penal, en materia migratoria, que sanciona la ayuda a la entrada irregular.

A través de la figura del traficante de personas, desde la Unión Europea, se ha construido el discurso político, mediático e incluso jurídico de lucha contra la inmigración irregular. Por ello es necesario analizar a continuación el régimen sancionador que regula la infracción y la sanción correspondiente a la entrada irregular y a la ayuda a la entrada irregular.

⁸³ LÓPEZ MOLINA, M., "Derecho penal en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia posterior al Tratado de Lisboa ¿Un sistema penal europeo?", JpD, nº94, 2019, p 101.

1.4.3. Régimen sancionador en materia migratoria en el Derecho comunitario

1.4.3.1. Régimen sancionador en los tratados fundamentales

La lucha contra la inmigración irregular, y contra el traficante de personas, demanda de un marco sancionador específico, común a los Estados de la Unión, en el contexto de unas fronteras exteriores cuya vigilancia y protección constituye una competencia compartida entre los Estados miembro y la propia Unión Europea. Por ello, resulta necesario determinar unos requisitos o un procedimiento por el que aprobar estándares mínimos y conjuntos para la aprobación de tipos penales comunes.

El artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea detalla el proceso legislativo por el que se puede aprobar las normas mínimas del tipo penal de delitos que revistan gravedad y tengan una dimensión transfronteriza. Entre estos delitos incluye el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Pero también recuerda que se podrán adoptar otros tipos penales de otros delitos, teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia.

El artículo 83 adquiere una relevancia fundamental por cuanto fundamenta la construcción de una política criminal europea basada en la gravedad de los delitos o el carácter transfronterizo del hecho típico. Aunque estas reglas pueden ser establecidas únicamente mediante directivas y carecen por tanto de efecto directo, la atribución de esta competencia demuestra claramente que el Derecho penal está reconocido formalmente entre los

elementos constitutivos del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia⁸⁴. La existencia de un nuevo territorio donde los individuos pueden circular y establecerse libremente como ciudadanos europeos, implica la necesidad de repensar los fundamentos del sistema penal y el modo en que éste se constituye dentro de este espacio.

En este sentido, el art. 83.2. contiene una base legal para la armonización mínima de los delitos y las penas siempre y cuando resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión, en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización⁸⁵. Es decir, no solo se podrá recoger la tipificación de delitos graves de carácter transfronterizo, sino también la defensa y protección de bienes jurídicos comunitarios, como la defensa del espacio de libertad, seguridad y justicia⁸⁶. A través de esta concreta vía, se amplían considerablemente las competencias penales. Se deja abierta la puerta para una multiplicación de nuevos delitos por parte de ese Derecho penal europeo. Entrarían todas las materias sobre las que la Unión asume competencia exclusiva, pero además atendiendo al tenor literal del Tratado de Lisboa todas aquellas otras que se incluyen en el mismo: medio ambiente, transporte, agricultura y pesca, etc.⁸⁷.

El artículo 83 del Tratado de Funcionamiento define un Derecho penal europeo en construcción que irá modificando y posiblemente armonizando los códigos penales de los Estados miembro⁸⁸. Es desde este artículo que se irá

⁸⁴ SICURELLA, R., "La creación de una cultura penal europea, Principios Generales del Derecho Penal de la Unión Europea", Rosaria Sicurella, Valsamis Mitsilegas, Raphaelle Parizot, Analisa Lucifora (ED.), CDPD P nº5, AEBOE, Madrid, 2020, P 27.

⁸⁵ SATZGER, H., "La europeización del derecho penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los estados miembros", Cuadernos de Derecho Penal, julio de 2012, P 48.

⁸⁶ Ver también para conocer principios del Derecho penal europeo. SILVA SÁNCHEZ, J. M., Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo; una aproximación crítica, RP, Nº 13, 2004, P 144. Se habla también de "Espacio penal europeo", LOPEZ MOLINA, M., Derecho penal en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia posterior al Tratado de Lisboa ¿Un sistema penal europeo?, Nº 94, 2019, p 98.

⁸⁷ ALCALÉ SÁNCHEZ, M., "Derecho penal y Tratado de Lisboa", Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 30, Madrid, mayo/agosto (2008), P 359.

⁸⁸ El artículo 83.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea señala que "Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal

construyendo la política criminal europea en materia migratoria a través de las Directivas comunitarias, que deberán ser transpuestas al ordenamiento interno. El Derecho penal europeo tiene por objeto la protección de bienes jurídicos de carácter estatal o comunitario. Es un ejemplo paradigmático de la evolución del Derecho penal hacia la protección de otros bienes jurídicos.

En lo referente a la legislación de extranjería y su régimen sancionador, es necesario acudir al artículo 79 del TFUE que regula el procedimiento legislativo comunitario en materia de extranjería, así como las materias en las que los Estados han acordado establecer algún tipo de regulación conjunta. Señala que serán objeto de normativa comunitaria: las condiciones de entrada, y residencia; la reagrupación familiar, la residencia de larga duración o la extensión de visados⁸⁹. Este artículo permite que prácticamente todas las materias que caracterizan la legislación de extranjería puedan desarrollarse desde el derecho comunitario. En la actualidad, solo los visados, la reagrupación familiar y la residencia de larga duración, son objeto de desarrollo normativo a través de diferentes Directivas comunitarias⁹⁰.

Respecto al régimen sancionador, el mismo artículo del Tratado de Funcionamiento, señala que los procedimientos de expulsión y repatriación de residentes en situación ilegal también serán objeto de regulación comunitaria. El Derecho comunitario desarrolla las infracciones y las sanciones relativas a la entrada irregular y a la acción de ayuda a la entrada irregular, que deberán ser objeto de desarrollo en el ordenamiento interno de cada Estado miembro.

resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76.”

⁸⁹ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial n° C 326 de 26/10/2012.

⁹⁰ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho de reagrupación familiar (DO L 251 de 3.10.2003, pp. 12-18). Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO L 16 de 23.1.2004, pp. 44-53).

1.4.3.2. Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, que define la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares

La Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, que define la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, así como la Decisión Marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, constituyen el marco fundamental para la construcción de una política criminal en materia migratoria desde la Unión Europea hacia los Estados miembros. El Preámbulo de esta Directiva vincula la lucha contra la “ayuda” a la inmigración clandestina con la protección del espacio de seguridad, libertad y justicia. Define como inmigración clandestina tanto el cruce irregular de fronteras como “la que se presta a alimentar a redes de explotación de seres humanos”, confundiendo los conceptos de tráfico y trata de personas, y relacionando en todo caso la inmigración irregular con la explotación de los propios inmigrantes.

En su artículo primero, la Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar las sanciones adecuadas: *“a) contra cualquier persona que intencionadamente ayude una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros”*.

La acción típica se ciñe al uso del verbo “ayudar” y deja a expensas de los Estados parte la determinación de las condiciones de entrada a través de su propia legislación de extranjería. La Directiva no exige ánimo de lucro ni la participación de una organización criminal, para sancionar la ayuda intencionada del ciudadano de un país no comunitario para entrar en el territorio de un Estado miembro.

Además, a merced de la Directiva, los Estados podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, la imposición de sanciones a las personas que con motivación humanitaria ayuden a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando así la legislación del Estado. La norma señala únicamente que la sanción debe ser proporcionada, efectiva y disuasoria.

1.4.3.3. Decisión Marco del Consejo 2002/946/JAI, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares

En la misma línea, la Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, precisa los casos en que se pueden establecer sanciones penales. La norma exige que cuando la infracción se cometa con ánimo de lucro como parte de las actividades de una organización criminal o poniendo en peligro la vida de las personas objeto de tráfico, la pena máxima no podrá ser de menos de ocho años de privación de libertad. Consciente de que no todos los Códigos penales europeos presentan normas penales similares, el legislador europeo permite establecer un límite de seis años de privación de libertad si otros delitos de similar gravedad tienen la misma pena en los códigos penales nacionales.

Regula también la responsabilidad y sanción de las personas jurídicas, y la competencia de los Estados para la acción penal, considerando la persecución de estos delitos cuando se cometan total o parcialmente en su territorio por parte de un nacional o en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio. Finalmente, el Consejo recuerda la importancia del cumplimiento del Derecho internacional de los refugiados.

1.4.3.4. El proceso legislativo comunitario del régimen sancionador penal en materia migratoria

En el análisis del proceso legislativo de estas dos normas comunitarias en la materia, resulta relevante por cuanto evidencia la motivación e interés de los Estados parte en dicho proceso. En el año 2000, el proceso legislativo en materia de Justicia y Seguridad interior se realizaba desde el “tercer pilar” competencial. El peso de los Estados era definitivo para la aprobación de los textos ratificados a través del Consejo Europeo. En este contexto, el posicionamiento de los diferentes Estados y sus procesos de negociación son determinantes para comprender el tenor y el espíritu del texto aprobado⁹¹. Este proceso de negociación muestra, por un lado, las posturas favorables a la armonización transnacional y, por otro, las que defienden el mantenimiento de la soberanía del legislador penal estatal.

En el segundo semestre del año 2000, la presidencia francesa de la Unión Europea diseñó una propuesta que compartió con la Comisión Europea que formalmente debe mantener la iniciativa legislativa⁹². La Presidencia francesa justificó su propuesta legislativa ante la necesidad de combatir la migración ilegal desde la asistencia en el cruce de fronteras, así como cualquier forma de explotación, sexual, laboral o de menores, considerando que la Unión Europea debía demostrar una voluntad política común para afrontar este fenómeno. La propuesta de la Decisión Marco sustituye Decisiones anteriores relativas también

⁹¹ Como en muchos otros casos, este proceso legislativo que vamos a relatar a continuación tuvo su “disparador emocional-mediático” con el caso la aparición de un camión en el puerto británico de Dover con los cuerpos de 58 ciudadanos chinos muertos por asfixia., el día 18 de junio del año 2000. Ver información en “Crime and Punishment in the EU: The Case of Human Smuggling Jonathan P. Aus. ARENA Report No 6/07. El Comisario Vitorino hizo una declaración solicitando graves sanciones hacia los responsables de este tipo de crímenes. Consejo de la Unión Europea 19 y 20 de junio de 2000. Conclusiones de la Presidencia (2000a): Santa Maria da Feira (Portugal).

⁹² “Framework Decision on Strengthening the Penal Framework for Preventing the Facilitation of Unauthorised Entry and Residence” Cf. Council of the EU (2000a): Council doc. 9892/00; and Council of the EU (2000b): Council doc. 9892/00 ADD 1 Cf. Council of the EU (2000c): Council doc. 10460/00.

a la explotación laboral⁹³. Fue discutida en el seno del Consejo Europeo a través de un grupo de trabajo relativo a los asuntos de índole penal. No precisaba la sanción penal que debía establecerse para estos tipos penales, solo señalaba que las sanciones debían ser disuasorias y proporcionadas.

En un primer momento, la propuesta francesa no hacía distinción entre tráfico y trata de personas y, por ello, presentaba estos supuestos de forma conjunta. El artículo 5 recogía las circunstancias agravantes del tipo penal haciendo una referencia explícita a las acciones comunes europeas de 21 de diciembre de 1998 y de 24 de febrero de 1997, y establecía tres supuestos de agravantes: la pertenencia del autor a una organización criminal, la trata de personas y la explotación sexual o laboral de menores.

En definitiva, en el tipo básico, sancionaba el tráfico de personas que actúan sin ánimo de lucro, pero en su tipo agravado, tipificaba la trata de personas para la explotación sexual, laboral y de menores. La Presidencia de la Unión Europea presentó ante el Comité de Representantes Permanentes de la Unión Europea y el Consejo de ministros de Justicia e Interior de los Estados de los Estados de la Unión, un documento que analizaba la propuesta francesa⁹⁴. El documento estudiaba la necesidad de incluir el ánimo de lucro en el tipo básico y menciona la propuesta de la Delegación portuguesa de introducir la cláusula humanitaria.

Finalmente, en el año 2001, bajo la presidencia sueca de la Unión Europea, la Comisión Europea realizó una propuesta que sancionaba de forma diferenciada los delitos de tráfico de personas y trata de seres humano⁹⁵. En este

⁹³ El artículo 1 que describe el tipo penal presenta una propuesta que establece que la mera facilitación o asistencia directa o indirecta a una mera entrada irregular puede ser considerada como delito. No se hace referencia a la necesidad de que obre ánimo de lucro, se produzca un daño grave hacia la víctima o que sea responsabilidad de una organización criminal. Además, existe una importante diferencia con el texto final en el que solo quedan exentos de responsabilidad criminal los familiares directos de los migrantes.

⁹⁴ Council of the European Union. Brussels, 20 November 2000 (27.11) (OR. f) 13578/00.

⁹⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Lucha contra la trata de seres humanos y lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Bruselas, 22.12.2000 COM (2000) 854 final 2001/0024 (CNS) 2001/0025 (CNS) p 8.

documento, la Comisión Europea recuerda que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional tiene dos protocolos relativos a la trata y al tráfico de personas, marcando así la diferenciación entre ambas figuras jurídicas⁹⁶. Posteriormente, con el objetivo de diferenciar ambos delitos, la Comisión Europea inició una propuesta de Decisión Marco relativa específicamente al ámbito de trata de personas⁹⁷.

El parlamentario europeo Osan Ceyhun fue el ponente del informe sobre el proceso legislativo de la Directiva y la Decisión Marco, objeto de estudio en este trabajo⁹⁸. El informe realiza constantes propuestas de modificación del texto propuesto por Francia. En el preámbulo del documento, se establece la necesidad de incluir el ánimo de lucro del autor del delito de tráfico de personas como elemento del tipo, para diferenciarlo de la ayuda humanitaria⁹⁹.

Por ello, el ponente del informe del Parlamento Europeo señala la necesidad de establecer una definición más precisa y clara del tipo penal de tráfico de personas. Además, considera que no se hace una distinción clara entre por un lado los delitos de tráfico de personas y de trata de seres humanos cometidos por organizaciones criminales y por otro la labor humanitaria de las

⁹⁶ Cabe recordar que la propia Unión Europea adoptó el Tratado y los Protocolos. Decisiones 2006/616/CE y 2006/617/CE del Consejo sobre la celebración del Protocolo de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de migrantes (por tierra, mar y aire), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Diario Oficial L 262 de 22.9.2006, pp. 24-43.

⁹⁷ Decisión Marco del Consejo, de 19 de Julio de 2002, 2002/629/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Diario Oficial número L 203 DE 01/08/2002. Páginas 0001-0004.

⁹⁸ European Parliament (2000): "Report on the initiative of the French Republic with a view to the adoption of a Council Directive defining the facilitation of unauthorised entry, movement and residence, [and] on the initiative of the French Republic with a view to the adoption of a Council Framework Decision on the strengthening of the penal framework to prevent the facilitation of unauthorised entry and residence," Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs, EP doc. A5-0315/2000 final of oct. 25, 2000. pp. 5, 8, 19-20 and 23. Incluso desde la propia exposición de motivos de la propia Directiva, considera relevante recordar la necesidad de establecer esta normativa en el seno de la política europea común de migración y asilo, como pata fundamental de la creación y sustento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

⁹⁹ Como señala también el artículo 27 del Convenio Schengen Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990. «BOE» núm. 81, de 5 de abril de 1994, páginas 10390 a 10422.

organizaciones sociales. Recuerda el ponente que el artículo 27 del Convenio Schengen, ya obliga a los Estados a recoger en su ordenamiento interno la sanción adecuada ante los casos de ayuda a la entrada de un tercero, cuando obre ánimo de lucro por parte de su autor¹⁰⁰. Las soluciones de compromiso llegaron durante la presidencia sueca de la Unión Europea. Finalmente se impuso una propuesta que deja en manos de los Estados la posibilidad de sancionar los supuestos de ayuda humanitaria¹⁰¹.

En definitiva, el ánimo de lucro o la ayuda humanitaria del autor del tipo objetivo centran el debate legislativo. Se perfilan así las figuras del traficante de personas, del traficado y la del cooperador humanitario. La propuesta final deja en manos de cada Estado, la consideración del cooperador humanitario, por lo que estos podrán delimitar indirectamente la figura del traficante de personas. La determinación del ámbito subjetivo resulta fundamental para el Estado porque establece la eficacia del tipo penal como instrumento de control jurídico. Por ello, si esta distinción no queda regulada, serán muchos los supuestos de criminalización de la ayuda humanitaria en la práctica judicial de cada Estado parte.

De esta forma, los Estados pueden incluir a todo aquel que desea prestar ayuda al inmigrante de forma desinteresada, incluyéndolo en su discurso político, jurídico y mediático de lucha contra la inmigración irregular y contra el traficante de personas. En definitiva, construye un régimen sancionador relativo a la ayuda a la entrada irregular, en una defensa de los intereses de la Unión Europea y de los Estados miembros. A continuación, es relevante acudir al régimen

¹⁰⁰ Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. «BOE» núm. 81, de 5 de abril de 1994, páginas 10390 a 10422

¹⁰¹ Finalmente, en el mes de mayo de 2001, en el marco del comité mixto de Representantes Permanentes de los Estados miembro COREPER II, los Estados alcanzaron un acuerdo sobre los principales puntos de discusión, la cláusula humanitaria y la pena máxima.

sancionador aplicable a la propia entrada irregular para así poder delimitar ambas infracciones.

1.4.3.5. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular

Tras el análisis sobre el régimen sancionador relativo a la ayuda a la entrada irregular, resulta relevante analizar la infracción relativa a la propia entrada irregular en el territorio de un Estado miembro. La propuesta normativa comunitaria en materia de extranjería debe ser objeto de estudio por cuanto su influencia en el ordenamiento interno y la práctica administrativa de los diferentes Estados es fundamental.

En este sentido, la Directiva 2008/115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembro para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, recuerda en su Exposición de Motivos de las conclusiones de los Consejos de Tampere de 1999 y de Bruselas del 4 y 5 de noviembre de 2004, en las que se pide el establecimiento de una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes para que las personas sean retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos. Por ello, señala el texto que debe establecerse un conjunto mínimo común de garantías jurídicas respecto de las decisiones de retorno, que en todo caso deben tener carácter individual y nunca colectivo. Para todo ello, recuerda la importancia de contar con un conjunto mínimo de garantías jurídicas para el inmigrante irregular ante el procedimiento sancionador incoado, incluida la asistencia jurídica gratuita. El objetivo final de la norma es el establecimiento de estándares comunes para la realización de procesos conjuntos de expulsión por

parte de los Estados miembros¹⁰². De esta forma, en un futuro se podría proceder a expulsiones conjuntas de nacionales de un mismo país por parte del conjunto de los Estados miembro, por razones de eficacia. Las instituciones comunitarias reconocen la ventaja de negociar de forma conjunta acuerdos de readmisión de nacionales con terceros Estados, como forma de presión diplomática al país de origen¹⁰³.

El artículo 1 señala que el objeto de esta Directiva es establecer normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Señala en este sentido, en el artículo 4.4 a, un conjunto de derecho y garantías mínimos que un Estado debe reconocer a los propios inmigrantes, entre los que incluye la asistencia médica urgente, unas condiciones de internamiento dignas, derecho a recurso ante medidas coercitivas y la posibilidad de aplazar la expulsión.

La Directiva acude al artículo 5 del Código de Fronteras de Schengen, regulado en el Reglamento 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, para determinar los requisitos de entrada, cuyo incumplimiento establece la irregularidad administrativa. El artículo 6 de la Directiva 2008/115, de 16 de diciembre de 2008, señala a la decisión de retorno como la resolución administrativa necesaria para ejecutar la expulsión, pero previamente, salvo algunas excepciones como el riesgo de fuga, debe ser previamente precedido por una propuesta de salida voluntaria del país. De esta forma, con la valoración de un supuesto tan interpretable como el riesgo de fuga, casi todos los supuestos pueden ser considerados excepciones.

En todo caso, en su artículo 8.4 señala que la ejecución de la expulsión debe ser proporcionada y la fuerza empleada no debe ir más allá de lo razonable.

¹⁰² Decisión 2004/573/ CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados, de nacionales de terceros países sobre los que haya recaído una resolución de expulsión.

¹⁰³ Sánchez-FERNANDEZ, A. "Inmigración y Derechos Humanos en la UE. Análisis de la directiva 2008/115/CE", PyD, 68, 2013, p 168.

Resulta relevante añadir que las decisiones de retorno se ven acompañadas de la declaración de prohibición de entrada, cuando no se ha atendido a la declaración de salida voluntaria previa o cuando una decisión de retorno previa no se ha cumplido.

Entre los derechos y garantías reconocidos en los artículos 12 y siguientes, cabe destacar el derecho al recurrir una resolución administrativa fundamentada en derecho, mediante un recurso efectivo ante una autoridad judicial o administrativa independiente, que puede ser suspensivo si lo establece la legislación nacional, pero que en todo caso debe complementarse con el reconocimiento del derecho a un asesoramiento jurídico que los Estados deben procurar que sea gratuito.

La redacción de los artículos relativos a los derechos y garantías carece de carácter imperativo, por lo que permite a los Estados determinar el alcance real del derecho a un recurso efectivo, en la práctica administrativa. El impacto de esta concesión de la norma a los Estados miembro es especialmente relevante en los casos de devolución en frontera, que se suelen resolver en procedimientos abreviados y acelerados. En definitiva, en la práctica administrativa, los principales instrumentos y garantías del inmigrante irregular ante el procedimiento sancionador quedan regulados por el ordenamiento del Estado. Por este motivo, la jurisprudencia sobre este tipo de procedimientos en este tipo de supuestos es cuantiosa y diversa, y en ella se resuelve el conflicto jurídico entre el Derecho internacional y el ordenamiento interno.

La doctrina ha cuestionado el alcance real de estos derechos al considerar que se plantean algunas cuestiones que podían colisionar con la realización efectiva del derecho a la tutela judicial efectiva: específicamente, determinadas limitaciones de garantías procesales básicas, como la obligación de información y motivación, así como la obligación de traducción de las decisiones de retorno y la vía de recurso, para la que además tampoco se establecer definitivamente la vía jurisdiccional¹⁰⁴. De esta forma, aunque el derecho a un recurso queda

¹⁰⁴ REIG FABADO, I., "La Directiva de retorno y la tutela judicial efectiva", BARATARIA RCMCS, n.º 19, p.115

reconocido, las limitaciones en su extensión, su carácter facultativo y su práctica, dificulta su ejercicio.

En el artículo 15 de la Directiva se justifica el internamiento de extranjeros durante el proceso de tramitación de la expulsión, especialmente en los supuestos en los que existe riesgo de fuga o el inmigrante irregular dificulte o trate de evitar su expulsión. En todo caso, la decisión del internamiento debe realizarse por parte de una autoridad judicial o de un órgano administrativo.

En todo caso, lo más relevante, es que esta norma obliga a los Estados a aplicar el régimen administrativo sancionador a la infracción de la entrada irregular, priorizando el retorno o devolución en frontera, como sanción aplicable. De esta forma, los Estados parte mantienen la potestad en la gestión de los procedimientos administrativos sancionadores en materia de extranjería, pero acuerdan aprobar una misma sanción para una misma infracción. Por ello, la Directiva establece un mínimo común denominador del régimen sancionador en materia de extranjería de los Estados miembro. El internamiento no debería tener por ello carácter punitivo, ya que constituye una medida cautelar aprobada con el objetivo de asegurar la expulsión del ciudadano extranjero

En el análisis de la infracción relativa a la entrada irregular en el territorio de un tercer país, se necesita del estudio de la sanción correspondiente para la determinación del régimen sancionador aplicable. La naturaleza de la sanción y su gravedad, forman parte del debate relativo al régimen sancionador. Por ejemplo, el establecimiento de una sanción privativa de libertad ante la infracción de entrada irregular determinaría la aplicación del régimen sancionador penal, ya que el régimen administrativo no la contempla. En cambio, una sanción que recoga la prohibición de entrada y la devolución a país de origen se refiere sin duda al régimen administrativo sancionador. La aplicación de un régimen sancionador u otro, tiene sin duda diferentes consecuencias en la construcción del régimen sancionador aplicable a la entrada irregular. El bien jurídico protegido en cada régimen sancionador puede ser diferente, así como el

tratamiento de la figura del autor de la infracción y de la víctima. Así el estudio de la sanción aplicable debe completar el estudio de la infracción correspondiente. Una sanción privativa de libertad u otra de expulsión, muestran diferentes posicionamientos o perspectivas de los Estados sobre el proceso migratorio y su régimen sancionador aplicable.

El estudio de la sanción deviene crucial por cuanto denota y evidencia el interés y la prioridad del legislador respecto de la infracción de la entrada irregular. Tras haber analizado esta Directiva, que regula principalmente la sanción de la entrada irregular, es relevante acudir a la jurisprudencia que la interpreta. En varias sentencias, el TJUE se ha pronunciado respecto de la sanción aplicada por parte de los Estados miembro a la misma infracción de entrada o estancia irregular y su compatibilidad con la norma comunitaria.

1.4.3.6. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1.4.3.6.1. Cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Subdelegación de gobierno en Gipuzkoa contra Samir Zazouine

Tras la entrada en vigor de la Directiva, un juzgado español planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en respuesta a la dudosa aplicación de la legislación de extranjería española en conexión con la Directiva objeto de estudio. La doctrina jurisprudencial de los artículos 53.1.a) y 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, señala que el propio texto legal, recoge de forma clara, que en lugar de la sanción de multa, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción. Esta interpretación en todo caso no impide que, en la práctica administrativa habitual, la expulsión siga siendo la sanción habitual.

En este contexto, el juzgado acude a las instancias judiciales europeas para plantear una cuestión prejudicial que le pueda alumbrar sobre la interpretación correcta de los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115 de 16 de diciembre, en lo referente a la aplicación prioritaria de una sanción económica respecto de la expulsión.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015, resuelve esta cuestión prejudicial señalando qué sanción debe aplicarse ante la infracción relativa a la irregularidad administrativa¹⁰⁵. El Tribunal considera que:

“La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, *o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.*”

La sentencia resulta relevante pues prioriza la sanción de expulsión sobre la económica. La sanción de expulsión se aplicaría en los supuestos del artículo 7 apartado 4 en relación con el artículo 8, como son el riesgo de fuga, la desestimación de una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta, si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, o, en el caso

¹⁰⁵ STJUE 23 de abril de 2015 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, mediante auto de 17 de diciembre de 2013, recibido en el Tribunal de Justicia el 27 de enero de 2014, en el procedimiento entre Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa-Extranjería contra Samir Zaizoune, (asunto C-38/14) ECLI:EU:C:2015:260.

de incumplimiento de una salida obligatoria, que, en la práctica, es el supuesto más común.

A través de la STS, Sala 3ª 980/2018 de 12 de junio, se adopta esta jurisprudencia comunitaria y considera procedente la expulsión del extranjero, salvo en los casos en que concurra con alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva de retorno, o, en su caso, con los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución¹⁰⁶.

De forma definitiva la jurisprudencia española, adopta una interpretación respecto de la sanción principal en el procedimiento administrativo sancionador, en base a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta sentencia legitima la expulsión como sanción preferente y considera que se trata de una sanción proporcional a toda infracción en materia de extranjería, como la vulneración de los requisitos de entrada y la permanencia y/o residencia en el territorio de un tercer Estado.

Lafuente Sánchez analiza la sentencia del Tribunal Supremo, señalando que su principal fundamento es acudir a la aplicación directa de la Directiva 2008/115, para hacer primar la sanción de expulsión sobre la sanción de multa, por la que se decanta la ley de extranjería¹⁰⁷. El Tribunal Supremo se encontraba en una complicada tesitura jurídica, ya que debía atenerse a la resolución de la cuestión prejudicial presentada por juzgado español ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que además sentencia la preferencia de la Directiva comunitaria sobre la ley de extranjería española. De esta forma, su única alternativa es decantarse por la aplicación directa de la Directiva comunitaria ante la legislación española para así mantener coherencia con la decisión del

¹⁰⁶ STS, Sala 3ª, sección quinta, 12 de junio de 2018, sentencia 980/18, Número de procedimiento 2958/2017.

¹⁰⁷ LAFUENTE SÁNCHEZ. R., "Decisiones de retorno contra nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación irregular en España: consecuencias de la (supuesta) incompatibilidad de la ley de extranjería con la Directiva 2008/115 y de su ausencia de efecto directo vertical", Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, p 397.

tribunal europeo. La aplicación directa de la Directiva comunitaria ha sido cuestionada por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, que señalaron que la administración no puede aplicar una directiva comunitaria cuando haya sido incorporada de forma incorrecta en su ordenamiento jurídico interno; que la interpretación de la normativa nacional a la luz de una directiva tiene un límite cuando ello conduce a agravar la responsabilidad administrativa sancionadora; pero sobre todo que la eficacia directa de las directivas únicamente puede generar derechos que pueden invocar los particulares frente al Estado, pero no al contrario y en definitiva que un Estado no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones que impone una directiva no transpuesta¹⁰⁸. Las Directivas no crean obligaciones a cargo de los particulares porque las mismas van dirigidas a los Estados miembros que son los encargados de incorporar su contenido en los derechos nacionales. Y en el supuesto de no hacerlo, o hacerlo de forma incorrecta, los Estados miembros, no podrán invocar las disposiciones de las directivas contra los particulares. Por ello, *Lafuente Sánchez* sostiene que los tribunales españoles no pueden aplicar una Directiva comunitaria al régimen sancionador, al ser más beneficiosa para el Estado, sino que deberían por ello decantarse por una aplicación de la legislación de extranjería española, más favorable al ciudadano extranjero¹⁰⁹.

Así, finalmente, la interpretación del TJUE, respecto de la sanción aplicable, se integra directamente en el ordenamiento español a través de la sentencia del Tribunal Supremo. El legislador español, no ha realizado ninguna modificación de la ley de extranjería en este extremo para adaptarla a la interpretación de la norma comunitaria¹¹⁰. Como se presenta a continuación,

¹⁰⁸ STSJ Sala de lo Contencioso de Madrid, 11 abril 2018, (RJ 2018/4110Id); y 4 julio 2018 (RJ 2018/6034Id), STSJ Sala de lo Contencioso de Madrid, 30 mayo 2018 (RJ 2018/6598Id), STSJ Sala de lo Contencioso de Madrid, 5 febrero 2018 (RJ 2018/1493Id), STSJ Sala de lo Contencioso de Madrid, 26 abril 2017 (RJ 2017/4515Id); y 8 noviembre 2017 (RJ 2017/13047Id), STSJ Sala de lo Contencioso de Madrid, 26 abril 2017 (RJ 2017/4515Id), 8 noviembre 2017 (RJ 2017/13047Id) y 22 diciembre 2017 (RJ 2017/14132Id), STSJ Sala de lo Contencioso, de Madrid, 16 mayo 2018 (RJ 2018/4580Id).

¹⁰⁹ LAFUENTE SÁNCHEZ. R., "Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2021)", Vol. 13, Nº 1, p 397.

¹¹⁰ RODRIGUEZ CANDELA, J.L., "Interpretación y seguimiento de la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, RCP, 2019", nº 18 diciembre, OSPDH Universidad de Barcelona, p 75.

otras legislaciones de extranjería de Estados miembro también han sido objeto de análisis desde el tribunal europeo.

1.4.3.6.2. Cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Prefecto de Turín contra Hassen El Dridi, alias Soufi Karim

En la misma línea, de la determinación de la sanción aplicable, el supuesto italiano resulta especialmente relevante por cuanto debe dirimir entre la utilización de una sanción privativa de libertad y otra de expulsión. Por ello, la jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado sobre la compatibilidad de la legislación comunitaria con el ordenamiento interno italiano respecto del régimen sancionador aplicable en materia de extranjería.

A finales de los años 90, el Decreto Legislativo nº286/1998, de 25 de julio de 1998¹¹¹, que aprueba el texto único de las disposiciones reguladoras de la inmigración y de las reglas sobre el estatuto del extranjero, castigaba con pena de prisión de hasta cuatro años al extranjero en situación irregular que permaneciera en el territorio italiano pese a que se hubiera dictado una orden de salida en su contra.

En esas circunstancias, la Corte d'Appello di Trento decidió suspender un procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial respecto al régimen sancionador aplicable. Por primera vez, un legislador europeo proponía una sanción privativa de libertad en los supuestos de incumplimiento de una sanción administrativa de expulsión previa, lo que le otorgaba a esta cuestión una gran relevancia política y jurídica. De esta forma, la norma italiana cuestiona y pone en evidencia la capacidad coercitiva del régimen administrativo sancionador, al recurrir al Derecho penal ante el incumplimiento por parte del

¹¹¹ Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero" publicado nella Gazzetta Ufficiale n. 191 del 18 agosto 1998 - Supplemento Ordinario n. 139.

interesado de la orden de expulsión. Se trata por lo tanto de un supuesto de hecho relevante, cuyo pronunciamiento por parte del Tribunal tiene importantes consecuencias,

El Tribunal señala que el artículo 6, apartado 1, de esta Directiva prevé, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio ¹¹². Una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo, deben adoptar una decisión de retorno.

Con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115, impone a los Estados miembros la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado, esto es, como dispone el artículo 3, punto 5, de la citada Directiva, al transporte físico del interesado fuera del Estado miembro¹¹³.

De acuerdo con el Tribunal, la norma gradúa las medidas que han de tomarse para la ejecución de la decisión de retorno, graduación que va desde la medida que otorga más libertad, como la concesión de un plazo para la salida voluntaria, hasta las medidas coercitivas, como el internamiento en un centro especializado, debiendo garantizarse en todas esas fases el respeto del principio de proporcionalidad¹¹⁴.

¹¹² STJUE (Sala Primera) Hassen El Dridi, alias Soufi Karim. (asunto C-61/11 PPU, El Dridi), de 28 de abril de 2011, European Court Reports 2011 I-03015.

¹¹³ Ver también, STJUE (Gran Sala), Alexandre Achughbabian contra Préfet du Val-de-Marne. Petición de decisión prejudicial: Cour d'appel de Paris – Francia. Asunto C-329/11, de 6 de diciembre de 2011, Recopilación de la Jurisprudencia 2011 I-12695. EU:C: 2011:807, apartado 31).

¹¹⁴ Respecto a la proporcionalidad, la misma STJUE recuerda que el artículo 2, apartado 2, letra b) de esa Directiva, que permite a los Estados miembros decidir no aplicarla a los nacionales de terceros países que estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional, o que estén sujetos a procedimientos de extradición. De esta forma, se encontrarían fuera de la aplicación de la norma, los supuestos de expulsiones de ciudadanos extranjeros como consecuencia de la decisión judicial en sentencia penal.

Ante este mínimo denominador común, establecido por la normativa comunitaria, es necesario analizar si la propuesta italiana es compatible. En este sentido, el Abogado General se plantea la cuestión de determinar si el delito de incumplimiento de una orden de salida del territorio nacional en un plazo determinado, punible con una pena de prisión, puede considerarse como una medida nacional necesaria para ejecutar la decisión de retorno en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115, o, por el contrario, como una medida que puede frustrar la ejecución de dicha decisión.

Sobre las medidas coercitivas que los Estados miembros pueden aplicar en virtud del artículo 8.4 de la Directiva 2008/115, en especial la conducción forzosa a la frontera, el Tribunal considera que deben ser proporcionadas y la fuerza deberá ser razonable para la consecución de la expulsión, objetivo final del régimen sancionador de toda política migratoria. Estos criterios se cumplirán según los estándares de la legislación nacional y, en todo caso, deberán respetar los derechos fundamentales, la dignidad y la integridad física de los ciudadanos extranjeros.

La sentencia señala que en los supuestos en los que las medidas coercitivas que se adopten para llevar a cabo la expulsión forzosa no funcionen, los Estados no pueden adoptar medidas de privación de libertad como las recogidas en la legislación italiana, referida en la sentencia. De acuerdo con el Tribunal, el Estado debe proseguir con los esfuerzos para llevar a cabo la expulsión forzosa acordada. Así la privación de libertad, no puede ser el objetivo o la sanción, sino una medida cautelar para llevar a cabo la expulsión. La propuesta normativa italiana, propone en cambio, determinar la privación de libertad como un castigo.

En este sentido, el Abogado General añade al principio de proporcionalidad, el de oportunidad. Considera que, si se opta por la sanción penal privativa de libertad, no se llevaría a cabo una sanción de expulsión. Para el Estado italiano, en cambio, la pena de prisión representa una sanción impuesta por la infracción de una orden de la autoridad y no una medida coercitiva

destinada a ejecutar la decisión de retorno. Se trataría, por tanto, de una reacción represiva del ordenamiento jurídico contra la vulneración de una orden de la autoridad. El Abogado general, en cambio, defiende que la sanción impuesta debe tener por objeto la consecución de un objetivo, y no debe tener una finalidad puramente represiva¹¹⁵.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, en particular sus artículos 15 y 16, debe interpretarse como contraria a la propuesta italiana; en concreto al Decreto Legislativo nº286/1998 de 25 de julio de 1998, que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado.

El Tribunal y el Abogado General califican la privación de libertad como un instrumento para la consecución del objetivo de todo régimen sancionador en materia migratoria: la expulsión. Presenta así el régimen sancionador como un instrumento de control y represión del flujo migratorio. Para ello, la privación de libertad no puede ser una sanción en su misma sino un medio.

De esta forma, el régimen sancionador penal, a través de la sanción privativa de libertad, se presenta como un instrumento ineficaz para el control y la represión del flujo migratorio. La visión utilitarista que sostienen el Tribunal y el Abogado General desecha el régimen penal sancionador, no por su naturaleza o características, sino por su falta de efectividad y utilidad. La sanción privativa de libertad no es oportuna para la consecución de los objetivos de todo régimen sancionador en materia migratoria. Por ello, en principio, esta sentencia no

¹¹⁵ PASQUALI, L., STJUE Hassen El Dridi, alias Soufi Karim, 28.04.2011, C-61/11 PPU – "Espacio de libertad, seguridad y justicia - Directiva 2008/115/CE - Retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular - Artículos 15 y 16 - Normativa nacional que prevé una pena de prisión en caso de incumplimiento de una orden de salida del territorio" - "¿La pena de prisión para inmigrantes irregulares perjudica la política de retorno de la Unión?", RDCE 2011 nº 39 p.541.

desvirtúa la aplicación de una sanción penal de carácter pecuniario.

1.4.4. Conclusiones

Del Derecho internacional, se puede deducir un debate jurisprudencial respecto al alcance del principio de legalidad en el reconocimiento de derechos y garantías ante un régimen sancionador aplicable a la entrada irregular. De esta forma, la jurisprudencia y la práctica administrativa es extensa y diferente en cada ordenamiento jurídico. Pese a la jurisprudencia de tribunales regionales en materia de derechos humanos, como el europeo o el interamericano, que extienden derechos y garantías ante un procedimiento administrativo a los inmigrantes irregulares, su reconocimiento es muy desigual incluso entre los diferentes Estados.

En este contexto, el Derecho comunitario resulta fundamental, no solo por su transposición al ordenamiento interno sino también por la determinación de los bienes jurídicos objeto de protección en el régimen sancionador aplicable. La política migratoria constituye un elemento esencial en la construcción política de la Unión Europea, que encuentra su justificación en la protección de la ciudadanía europea, la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia, y el reforzamiento de las fronteras exteriores de la Unión Europea.

Con este objetivo, se aprueba normativa de desarrollo, como el código de fronteras de “Schengen” y la Directiva 2008/115, que determinan los requisitos de entrada en el espacio “Schengen” y establecen la sanción aplicable ante su incumplimiento. Ante la propuesta italiana que se decanta por la sanción privativa de libertad, la jurisprudencia comunitaria, en aplicación de la Directiva 2008/115, apunta preferentemente por la sanción de expulsión ante esta infracción ya que constituye el principal objetivo de toda política migratoria.

Para la defensa del espacio de libertad, seguridad y justicia, a través del reforzamiento de las fronteras exteriores, las instituciones comunitarias han

construido un discurso contra la inmigración irregular, y contra el traficante de personas. Cabe recordar que las conclusiones de la reunión del Consejo en Tampere inciden en calificar la cuestión de la inmigración irregular como un asunto de orden público que representa una amenaza para la seguridad interior, cuando además la vincula a la delincuencia organizada transnacional¹¹⁶. El ordenamiento comunitario ha realizado también una propuesta relativa al delito de tráfico de personas con el objetivo de sancionar las acciones de ayuda a la entrada irregular¹¹⁷. La propuesta comunitaria del delito de tráfico de personas sanciona la ayuda a la entrada irregular aun cuando el autor no tenga ánimo de lucro ni pertenezca a una organización criminal. Así, la ampliación del concepto de autor aporta una mayor confusión en la lucha contra la inmigración irregular y contra el traficante de personas. Esta ampliación en el ámbito de la autoría del tipo genera sin duda una relevante confusión en la lucha contra el traficante de personas y por extensión contra la inmigración irregular.

De esta forma, el Derecho comunitario no adopta la propuesta de la definición de traficante de personas realizada desde la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. El Estado español es parte a la misma desde febrero de 2002, aunque publica la misma en el Boletín Oficial del Estado más de un año después¹¹⁸. En el mismo año 2002, en el mes de noviembre se aprueba la Directiva comunitaria que regula el delito de tráfico de personas y define la figura del traficante de personas¹¹⁹. Así, en un mismo año, el Estado español se ve obligado por dos normas de ámbito internacional, de obligada transposición al ordenamiento interno, que regulan el tipo penal del delito de tráfico de personas y por extensión la figura del traficante de personas,

¹¹⁶ POMARES CINTAS, E., "La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio", *Economía*. RCL Nº 7, septiembre 2014 – febrero 2015, P 145.

¹¹⁷ Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares Diario Oficial de las Comunidades Europeas. L328/17. 5.12.2002.

¹¹⁸ Instrumento de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, «BOE» núm. 233, de 29 de septiembre de 2003, páginas 35280 a 35297, BOE-A-2003-18040.

¹¹⁹ Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares Diario Oficial de las Comunidades Europeas. L 328/17. 5.12.2002.

con propuestas diferentes e incluso opuestas. El Derecho internacional regula por lo tanto la lucha contra el traficante de personas y el tráfico de personas, desde la lucha contra el crimen organizado transnacional y en cambio la propuesta comunitaria acentúa el vínculo del tipo penal con la inmigración irregular al permitir que casi cualquier persona pueda ser imputada por este delito. Justamente, aunque el discurso político desde las instituciones comunitarias vincula el control y la represión de los flujos migratorios irregulares con la lucha contra el traficante de personas, la definición propuesta de este último es la menos precisa. Responsabiliza al traficante de la inmigración irregular, pero según la definición del tipo penal, prácticamente cualquier puede serlo. De esta forma, la propuesta comunitaria permite vincular con mayor facilidad la represión de la inmigración irregular con la lucha contra el traficante de personas.

Por todo ello, es necesario acudir finalmente al ordenamiento interno español para ver porque norma internacional se decanta el legislador para regular el delito de tráfico de personas en el régimen sancionador español.

Así, es necesario analizar todos los instrumentos normativos que regulan el régimen sancionador aplicable al fenómeno migratorio, en España. El posicionamiento del derecho interno priorizando una u otra fuente normativa, evidenciará el posicionamiento del legislador en diferentes elementos esenciales de la sanción de la entrada irregular.

1.5. Derecho español: principios constitucionales y transposición del régimen sancionador comunitario

Las propuestas realizadas desde el Derecho internacional y el Derecho comunitario sobre el régimen sancionador relativo a la entrada irregular en un Estado requieren de su integración en el Derecho interno de los Estados.

Tanto el tratado internacional como las Directivas comunitarias son parte del ordenamiento interno español, su transposición y su incorporación por parte del legislador, determinarán su influencia definitiva en las infracciones y sanciones relativas a la entrada irregular y la ayuda a la misma. Las propuestas típicas relativas a la ayuda a la entrada irregular presentan diferencias relevantes, por lo que el posicionamiento del legislador en favor de una u otra, deberá ser objeto de análisis, a través del estudio de la doctrina y la jurisprudencia.

A su vez, el Derecho internacional y el Derecho comunitario han presentado una propuesta ambivalente y confusa respecto del reconocimiento de derechos a los ciudadanos extranjeros objeto de este régimen sancionador. El Convenio Europeo de Derechos Humanos sería el tratado internacional que vincula a España que con mayor claridad reconoce a los ciudadanos extranjeros un derecho tan relevante, como el relativo al recurso efectivo y suspensivo, en el marco de un procedimiento sancionador de extranjería. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es prolija en esta materia, ante la variada práctica administrativa de los Estados parte. Por ello, es relevante analizar el posicionamiento del legislador español en el reconocimiento de derechos a los inmigrantes que intentan entrar en España, incumpliendo los requisitos de entrada.

Por todo ello, el análisis del régimen sancionador adoptado por el ordenamiento interno revisará la descripción de las infracciones y las sanciones, así como los derechos de los interesados reconocidos en el mismo.

1.5.1. Análisis jurídico-constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros en España

1.5.1.1. Derechos civiles y políticos de los ciudadanos extranjeros

Resulta necesario acudir al ordenamiento constitucional del Estado español para conocer la influencia y determinación del Derecho internacional en el reconocimiento de derechos de los ciudadanos extranjeros, en particular en los artículos 10 y 13 de la Constitución española.

El artículo 10 recuerda que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con los tratados de Derecho internacional firmados por España. El artículo 13 de la Constitución Española reconoce a su vez, para los extranjeros, los derechos establecidos en los tratados y las leyes. De esta forma, la Constitución española, reconoce carácter constituyente a la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹²⁰ que determina los derechos inalienables a la persona. El reconocimiento de derechos de los ciudadanos extranjeros se fundamenta en el artículo 13, que remite al artículo 10, que incorpora al “Corpus” constitucional, los tratados firmados por España¹²¹. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre estos artículos nos permite conocer con más detalle la correcta transposición y aplicación de los tratados internacionales respecto de los derechos de los ciudadanos extranjeros. El Tribunal Constitucional, en sentencia 107/1984, fecha, interpreta y aclara el tenor de los artículos relativos al reconocimiento de los derechos fundamentales de los extranjeros en España¹²². El Tribunal señala que existen derechos que pertenecen por igual a españoles y extranjeros, otros de carácter político que son exclusivos a los españoles y finalmente otros cuyo disfrute por parte de los extranjeros depende de los tratados internacionales firmados por el Estado español. De esta forma, el disfrute de los derechos queda a merced, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la ley”.

Por lo tanto, según el Tribunal Constitucional, podemos diferenciar tres grupos de derechos: los que corresponden por igual a españoles y extranjeros y

¹²⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

¹²¹ CUENCA GÓMEZ, P., “La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española”, REJ, nº 12/2012, SÉ, p 133.

¹²² STC Sala segunda, 107/1984 de 23 de noviembre, I. Publicada en el BOE de 21 de diciembre de 1984.

cuya regulación ha de ser igual para ambos; los que no pertenecen de ningún modo a los extranjeros, y aquellos que pertenecerán o no a los extranjeros cuando lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles. En esa misma línea, *Cruz Villalón* hace referencia al concepto de grupos de derechos para explicar la separación, aunque ciñe su aplicación a los ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular¹²³. Más allá de los derechos inherentes a la persona, relativos a la vida y la integridad física y moral, ni esa primera jurisprudencia ni la doctrina no hace referencia explícita a la situación administrativa. Diferencia únicamente a los españoles con ciudadanos extranjeros documentados. En todo caso, en lo referente al reconocimiento de derechos y garantías ante un procedimiento sancionador, es necesario acudir al artículo 24 de la Constitución y a la legislación de extranjería que regulan el derecho a la tutela judicial efectiva, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; y analizar en qué grupo de derechos debería categorizarse, en su reconocimiento para los ciudadanos extranjeros. En un primer momento, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio, sobre los derechos y libertades de los Extranjeros en España, determina, por primera vez, tanto los derechos de los ciudadanos extranjeros y los requisitos para la obtención de la residencia legal en España, como el régimen sancionador en materia de extranjería¹²⁴.

Posteriormente, con las nuevas leyes orgánicas de extranjería 4/2000 y 8/2000, el Tribunal Constitucional se tuvo que volver a pronunciar sobre los derechos de los ciudadanos extranjeros en España. *Goig Martínez* recuerda como el artículo 24 de la Constitución, se nutre de los principales Convenios de Derecho internacional de los Derechos Humanos, a través del artículo 10.2 de la

¹²³ CRUZ VILLALÓN, P., “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”, REDC, Año 12. Núm. 35. Mayo-agosto 1992, P 70.

¹²⁴ Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su integración en España. BOE de 3 de Julio de 1985, número 158. Tendríamos como antecedentes la Ley 118/1969, de 30 de diciembre, sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y filipina empleados en el territorio nacional. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1969. Este sería el único precedente normativo en materia de extranjería, que aplicaba, principalmente a los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y filipina, empleados en España, pero no a todos los extranjeros.

propia Constitución¹²⁵. Las referencias fundamentales son el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se plasman en la legislación de extranjería a través del artículo 20 de la Ley Orgánica 8/2000, que extiende el conjunto del procedimiento administrativo y de los derechos que se deducen, a la legislación de extranjería y el procedimiento sancionador aplicable. De esta forma, extiende el reconocimiento de derechos y garantías al conjunto de los extranjeros, sea cual sea su situación administrativa, ya que la extiende al procedimiento sancionador. El legislador extiende exclusivamente el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los inmigrantes irregulares, a la denegación de entrada o las solicitudes de asilo. El Tribunal Constitucional se posiciona al efecto y considera que esta propuesta es inconstitucional, al valorar que se debe extender al conjunto de los procedimientos sancionadores incoados en su contra¹²⁶. De esta forma, la extensión del reconocimiento de los derechos y garantías a los ciudadanos extranjeros ante un procedimiento sancionador se determina en un primer momento desde el Derecho internacional y solo desde la Ley Orgánica 8/2000, se explicita la incorporación de los principios, derechos y garantías del procedimiento administrativo al régimen sancionador en materia migratoria¹²⁷. Así, la anterior ley del procedimiento administrativo común 30/92 de 26 de noviembre y la actual 39/2015 de 1 de octubre, pasan a regular definitivamente el régimen sancionador de extranjería.

1.5.1.2. El internamiento administrativo de extranjeros en España

¹²⁵ GOIG MARTINEZ, J.M, "Tribunal Constitucional y derechos de los extranjeros, comentario a la reciente jurisprudencia en materia de extranjería", UNED. TRC, núm. 22, 2008, P. 637.

¹²⁶ STC 236/2007, de 7 de noviembre, BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007. VIDAL FUEYO, M^a del Camino, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros, a la luz de la STC 236/2007, REDC, núm. 85, enero-abril (2009), p 379.

¹²⁷ La Ley Orgánica 7/1985, hacía solo referencia al procedimiento y legislación administrativa, ante el régimen sancionador en materia de extranjería en lo referente a la emisión y notificación de la resolución administrativa.

Ante la entrada irregular en el territorio, el internamiento administrativo es una medida cautelar adoptada, en base a la legislación de extranjería. La pertinencia y la naturaleza de esta medida han sido objeto de debate jurisprudencial. Es necesario analizar si esta medida tiene cabida en la Constitución, pero a su vez determinar si tal medida es realmente sancionadora o es una medida cautelar. Reconocer su carácter sancionador determinaría la existencia de una sanción privativa de libertad en un procedimiento administrativo sancionador.

Tras la aprobación de la primera Ley de Extranjería a través de la Ley Orgánica 7/1985, el Defensor del Pueblo planteó la inconstitucionalidad del artículo 26.2 de esa norma, al considerar que constituía una violación del artículo 17.2 de la Constitución, relativo al plazo máximo de detención, así como del artículo 25.3, que señala que la Administración no podrá imponer sanciones que impliquen privación de libertad.

Según el Defensor del Pueblo, la autorización judicial no desvirtúa la índole administrativa del procedimiento de expulsión y no tiene carácter de actividad jurisdiccional contradictoria, pues deja al margen del procedimiento a persona sancionada, afectando entonces el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, a través de la STC 115/1987, de 12 de marzo, consideró que la detención preventiva realizada por la autoridad gubernativa por plazo no superior a las setenta y dos horas es totalmente respetuosa del artículo 17 de la Constitución, que recoge estas setenta y dos horas como el tiempo máximo de detención preventiva. Entiende que la detención administrativa sometida a revisión judicial, aun cuando no especifique el plazo máximo de disposición judicial, no supone una vulneración del artículo 17 de la Constitución. Considera que la revisión judicial sobre la privación de libertad en un procedimiento de carácter administrativo legitima este proceso y permite mantener esta privación como una medida excepcional, pues no se trata de una sanción o castigo, sino de una medida cautelar. Así, esta medida deberá aprobarse con el objeto de llevar a cabo una expulsión administrativa posterior y

por el mínimo periodo imprescindible¹²⁸. De esta forma, el internamiento no debería ser más que un instrumento necesario para llevar a cabo la aplicación y ejecución de la sanción administrativa. Ante la infracción por el incumplimiento de los requisitos de entrada en España, el internamiento administrativo constituye, por tanto, una medida cautelar que garantiza el cumplimiento de la sanción de devolución en frontera o de expulsión desde el territorio. Queda así por lo tanto justificado acudir a una medida privativa de libertad aun cuando no tenga carácter sancionador.

Si el Tribunal Constitucional legitima el internamiento administrativo a través del respeto del derecho a la revisión judicial, determina así el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva para los ciudadanos extranjeros, objeto de un procedimiento sancionador. De esta forma extiende el reconocimiento de los derechos y garantías procesales para los inmigrantes irregulares. Es necesario recordar que las medidas cautelares de internamiento administrativo se adoptan tanto en los supuestos de entrada irregular como en los de expulsión ante la irregularidad administrativa en el territorio.

Así, la jurisprudencia constitucional y la legislación de extranjería certifican el reconocimiento de derechos y garantías para el ciudadano extranjero objeto de un procedimiento sancionador, en los términos del procedimiento administrativo común. Incorpora al ciudadano extranjero en situación administrativa irregular, a la legislación administrativa en los mismos términos que cualquier otro ciudadano. Al incluir al ciudadano extranjero irregular en el procedimiento administrativo común, es posible acudir por lo tanto al régimen administrativo sancionador en materia de extranjería, y en especial en lo referente a la entrada irregular.

¹²⁸ STC, Pleno, 41/1982, de 2 de julio, BOE núm. 185, de 04 de agosto de 1982, STC 32/1987, de 12 de marzo, BOE nº 71, de 24 de marzo de 1987. ha sostenido que este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del "favor libertatis", lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial.

1.5.2. Régimen sancionador en materia migratoria

La legislación de extranjería recoge los requisitos exigidos en la entrada a España, así como la infracción y sanción administrativa ante su incumplimiento. En la misma línea, tipifica también como infracción la acción de ayuda a esa entrada irregular y la sanción correspondiente, incluyendo así la participación de forma directa o indirecta en la propia entrada irregular.

La primera Ley de Extranjería, la LO 7/1985, de 1 de julio, sanciona la entrada “ilegal”, definiéndola como toda aquella que en la que no concurren los requisitos exigidos en el artículo 11. A su vez, sancionaba en su artículo 25 a los que promuevan, medien o amparen la situación ilegal de los inmigrantes irregulares, facilitando el incumplimiento de sus obligaciones en el marco de la legislación de extranjería. Posteriormente, el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que desarrollaba esta LO 7/1985, de 1 de julio, sancionaba esa misma infracción en su artículo 98, pero ya no solo la promoción, sino también el amparo de la situación ilegal de los extranjeros¹²⁹. La propuesta típica de la infracción administrativa no determina con claridad la acción de ayuda a la propia entrada irregular, sino que presenta un tipo más amplio y global.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, revoluciona el régimen sancionador en materia extranjería, al realizar una propuesta más completa y precisa tanto de las infracciones como de las sanciones correspondientes. Su artículo 25 recoge los requisitos de entrada en España, tanto respecto a la documentación a presentar como en cuanto al lugar de acceso. En el artículo 26 señala en consecuencia que el incumplimiento de estos requisitos establecerá la

¹²⁹ “Promover, mediar o amparar la situación ilegal de extranjeros en nuestro país o facilitar el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que a estos se señalan en las disposiciones vigentes. Se consideran incluidos en este apartado los incumplimientos de los compromisos contraídos por quienes suscriban certificados de alojamiento o actas notariales de invitación en favor de extranjeros, cuando actúen con la finalidad de facilitar la estancia ilegal de estos.”

prohibición de entrada en España, mediante resolución motivada que puede ser objeto de recurso¹³⁰. Por ello, la prohibición de entrada sería la sanción aplicable que en su ejecución concluye en la devolución al territorio del que proviene el inmigrante irregular en su proceso migratorio. La prohibición de entrada impide que en un futuro el extranjero pueda volver a entrar en España u obtener un visado mientras la misma esté en vigor.

A su vez, respecto de la ayuda a la entrada irregular, el artículo 54.1.b), sanciona como infracción grave:

“Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito”

Resulta fiel a la legislación comunitaria que regula la infracción relativa a las acciones de ayuda a la entrada irregular, a través del Convenio “Schengen”¹³¹. En todo caso, la norma sanciona tanto al individuo que obra con ánimo de lucro, como a aquel que actúa con el mismo ánimo, pero desde una organización criminal.

A continuación, es relevante acudir a la legislación penal para analizar su compatibilidad y coherencia con la infracción administrativa de la misma acción típica.

¹³⁰ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12/01/2000.

¹³¹ Acervo de Schengen - Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. Diario Oficial nº L 239 de 22/09/2000 p. 0019 - 0062

1.5.2.1. Régimen penal

1.5.2.1.1. Primera regulación en el Código Penal de 1995

La LO 10/1995, de 23 de noviembre, regula varios tipos penales vinculados con el fenómeno migratorio. Ubicado dentro del título XV del Libro II, relativo a los delitos contra los derechos de los trabajadores, el artículo 313 castiga la promoción y el favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores en España, así como la simulación de contratos que determine o favorezca la inmigración a España. La inclusión del delito de simulación de contratos o colocación se debe en gran parte a la normativa comunitaria; concretamente a la Recomendación 96/C 304/01 del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, relativa a la lucha contra el empleo ilegal de nacionales de terceros Estados¹³², que pretende, en última instancia, evitar que se falseen las condiciones de libre competencia en el mercado interior mediante la reducción de costes sociales y la aminoración del nivel de protección social¹³³. *Terradillos Basoco* considera que en este tipo penal: “la criminalización se fundamenta en la aceptación legal de que la inmigración típica pone en peligro tanto los derechos laborales de los trabajadores inmigrantes afectados como los de los legalmente contratados”¹³⁴. De forma similar se ha pronunciado el Tribunal Supremo, señalando que es éste “un verdadero delito de riesgo abstracto, que protege a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo”¹³⁵.

¹³² Recomendación 96/C 304/01 del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, relativa a la lucha contra el empleo ilegal de nacionales de terceros Estados. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. C 304. 14 de octubre de 1996.

¹³³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Revista Penal*, 14, 2003, p. 144.

¹³⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M^a.: “Tráfico ilegal de emigrantes”, en Zúñiga Rodríguez, L.; Méndez Rodríguez, C. y de Diego Díaz-Santos, M^a.R.: *Dpnt, Colex*, Madrid, 2001, pág. 24.

¹³⁵ Así la STS de 5 de febrero de 1998, citada por”, en RODRIGUEZ MESA, M^a. J y RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (Coords.), “Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, PP 223 y ss

En definitiva, considera que los derechos de los trabajadores extranjeros indocumentados constituyen el bien jurídico objeto de protección penal. El artículo 312 sanciona en cambio la contratación de trabajadores indocumentados que son víctimas de explotación y restricción de derechos laborales reconocidos para todos los trabajadores por convenios colectivos o contratos individuales. El tipo penal incluye comportamientos diversos, con diferente injusto, pero relativos a acciones típicas asimilables al tráfico ilegal de mano de obra. No sitúa el injusto del comportamiento en el hecho de la inmigración ilegal, sino en la posible negación de derechos laborales del inmigrante, por lo que no bastará con la contratación de un no nacional para cometer el delito; sino que se deben suprimir o restringir sus derechos¹³⁶. A diferencia del artículo 313 del mismo Código Penal, en este caso son los derechos laborales de los extranjeros el bien jurídico protegido, entendidos en el sentido de “un interés colectivo que sería una abstracción conceptual que englobaría los derechos laborales básicos, patrimoniales, libertades, etc., de las personas que acceden al mercado de trabajo”¹³⁷. El legislador busca proteger tanto la afectación de los derechos de los inmigrantes como trabajadores, como sancionar el propio acto de favorecimiento de la inmigración ilegal que se puede estar cometiendo al contratar a no nacionales sin permiso de trabajo.

En definitiva, el objeto es la persecución de aquellos que explotan a los trabajadores extranjeros indocumentados y vulneran sus derechos tiene por verdadero objeto el control del acceso al mercado de trabajo de estos trabajadores. La sanción de este tipo penal no solo busca castigar a los explotadores, sino también impedir la contratación y explotación de los

¹³⁶ MIRÓ LLINARES, F., “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España ¿protección o “exclusión” penal del inmigrante?, REPC 10-05 (2008), P 10.” en este tipo penal, sitúa el injusto del comportamiento no en el hecho de la inmigración ilegal, sino en la posible negación de derechos laborales del inmigrante, en cuanto que no bastará con la contratación de un no nacional para la realización del delito si no se suprimen o restringen sus derechos”

¹³⁷ RODRIGUEZ FERRANDEZ, S. y GARCÍA MORENO, E., “La respuesta penal al problema social de la inmigración: descripción y valoración crítica”, en RGLJ, núm. 4, 2004, pág. 686. CANCIO MELIÁ, M. MARAVER GÓMEZ, M., “El Derecho Penal Español ante la inmigración: un estudio político criminal”, Revista CENIPEC, 25.2006, enero-diciembre, P 41. “.....este precepto, pese a dar más importancia a la inmigración ilegal que a la forma en la que se favorece la inmigración, no castiga todas las conductas que favorecen la inmigración ilegal, sino sólo las que favorecen la inmigración ilegal de trabajadores”

trabajadores indocumentados. De esta forma, busca reprimir la explotación laboral y la vulneración de derechos, pero, por otro, impide la inserción laboral de los trabajadores extranjeros indocumentados, que debería corresponder, por otro lado, a la legislación de extranjería, mediante la concesión de autorizaciones para trabajar. Aquí, por lo tanto, la norma penal tiene por objetivo no solo sancionar sino directamente desincentivar la contratación de trabajadores extranjeros. La norma penal deviene de esta forma, en un instrumento más del régimen sancionador de la legislación en materia de extranjería, y de las relaciones laborales

En esta figura delictiva, recogida en el artículo 312CP, se está incorporando como desvalor de injusto no sólo la negación de los derechos de los trabajadores extranjeros, sino también la legislación de extranjería que impide que se contrate a personas sin autorización para trabajar. Finalmente, el que contrata ilegalmente a un trabajador español, niega las normas laborales, pero el que contrata a un inmigrante irregular, actúa en contra de dos tipos de normas, las laborales relacionadas con la configuración constitucional democrática e igualitaria de este derecho y las administrativas relativas al Derecho de extranjería.

El legislador de 1995 protege el ciudadano extranjero a partir de su relación con el mercado laboral y no como ciudadano titular de derechos fundamentales. Busca amparar al inmigrante irregular de la explotación del mercado laboral, pero en cambio, le ofrece, a tenor de la legislación de extranjería, pocas alternativas para documentarse y acceder al mercado de trabajo de forma irregular. Si bien la norma parece proteger los derechos de los trabajadores indocumentados, la falta de alternativas convierte este tipo penal en un instrumento de represión del flujo migratorio y de control del mercado laboral.

Por ello, *Miró Linares* considera que el bien jurídico protegido en este tipo penal no son solo los derechos laborales de los ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular, sino también el respeto a la legislación de extranjería que niega el derecho a trabajar a aquellos extranjeros que se

encuentran de forma irregular y que sanciona tanto al empleado como al empleador¹³⁸. La protección penal de los derechos de los trabajadores extranjeros indocumentados sanciona al empleador explotador, pero no propone solución alguna a esta situación de exclusión laboral y jurídica del trabajador. El legislador no resuelve así, los motivos y circunstancias por los que el trabajador extranjero se ve obligado a aceptar trabajos precarios en los que es objeto de explotación laboral. Si bien el trabajador extranjero tiene derechos laborales que incluso podría exigir ante la jurisdicción laboral, sea cual sea su situación administrativa, no tiene acceso a un trabajo documentado, menos susceptible de explotación laboral, debido a la legislación de extranjería. Ante esta aparente falta de coherencia de ambas normas, la propuesta sancionadora pretende realmente desincentivar la contratación de trabajadores extranjeros indocumentados, como forma de control de la inmigración irregular.

Por todo ello, la primera propuesta penal típica presenta al inmigrante irregular como mera mano de obra, vulnerable a la explotación laboral y a la vulneración de derechos. El legislador pretende defender sus derechos más como trabajador que como ciudadano, desde una visión puramente laboral del fenómeno migratorio, desde una propuesta típica enfocada a las características del mercado laboral para el trabajador indocumentado¹³⁹. A continuación, analizaremos cómo una vez más el Código penal realiza una propuesta típica específica para los ciudadanos extranjeros relativa a su libertad personal y sexual, exclusivamente en relación con su proceso migratorio.

1.5.2.1.2. Regulación penal de la libertad personal y sexual de los ciudadanos/as extranjero/as en situación administrativa irregular

¹³⁸ MIRÓ LLINARES, F., "Política comunitaria de inmigración y política criminal en España ¿protección o "exclusión" penal del inmigrante?", REPC 10-05 (2008), P 11.

¹³⁹ CANCIO MELIÁ, M.y MARAVER GÓMEZ, M., "El Derecho Penal Español ante la inmigración: un estudio político criminal", Revista CENIPEC, 25.2006, enero-diciembre, p 41.

La Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, modifica el Código Penal, en su artículo 188 para proteger otro bien jurídico: la libertad personal y sexual de los ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular modifica el Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código penal dedicado a los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores, e introduce en el artículo 188.2 el delito de tráfico sexual de personas¹⁴⁰,. Dicho precepto sanciona con pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que:

“...directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”.

Se castiga el favorecimiento de la entrada irregular cuando haya mediado violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima. A su vez, se sanciona el favorecimiento de la entrada irregular cuando el objetivo del proceso migratorio es la explotación sexual de la persona inmigrante. Es necesario, por lo tanto, el cumplimiento simultáneo de ambos requisitos. Solo la naturaleza irregular de la entrada permite la sanción de la propia explotación sexual. Una vez más, el inmigrante irregular es considerado víctima de un tipo penal específico que lo diferencia del resto de las víctimas de la explotación sexual. Así, no será suficiente que la víctima sea objeto de coacción, violencia e intimidación, sino que además deberá producirse una entrada irregular en violación de la legislación de extranjería. La reforma propuesta contraviene de forma radical el texto de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y los dos protocolos relativos al tráfico de personas y la trata de seres humanos, ya que confunde en un mismo tipo penal, los delitos de trata de seres humanos y tráfico de personas¹⁴¹. La propuesta resulta especialmente gravosa para las víctimas de

¹⁴⁰ Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. BOE núm. 104 de 01 de mayo de 1999.

¹⁴¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra

explotación sexual por cuanto vincula su protección a su situación administrativa y no a su carácter de víctima¹⁴². El delito de trata, en los términos recogidos en la Convención y sus protocolos facultativos, obvia el proceso migratorio, sin hacer referencia a la entrada o permanencia, y en cambio exige que haya mediado violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima¹⁴³.

El legislador protege los derechos de los ciudadanos extranjeros en situación irregular ante la explotación laboral y sexual, pero relacionándolo en todo momento con la defensa del mercado laboral en su conjunto o con la situación administrativa de la víctima de explotación. Combina así la defensa de la política migratoria con la evidente necesidad de proteger al ciudadano extranjero de la explotación laboral y sexual. Por lo tanto, esta regulación presenta al inmigrante irregular como una potencial víctima de abusos y explotación, pero también como sujeto de un procedimiento administrativo sancionador¹⁴⁴. Las sucesivas reformas, a partir del año 2000, incidirán en la figura del inmigrante irregular infractor, construyendo un marco justificativo de este régimen sancionador. Para dicho objetivo, el ordenamiento interno español se valdrá esencialmente de la legislación comunitaria y de los principios y fundamentos de sus tratados fundamentales.

1.5.2.1.3. Régimen sancionador de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

¹⁴² DAUNIS RODRIGUEZ, A., IN DRET, RAD, 1/2010, enero 2010.P 50.

¹⁴³CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., El Derecho Penal Español ante la inmigración: un estudio político criminal, Revista CENIPEC, 25.2006, enero-diciembre 42.

¹⁴⁴ Para analizar ese doble tratamiento del extranjero como víctima o infractor, resulta muy interesante la consulta de una tesis doctoral. IGLESIAS SKULJ, A., "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control." Universidad de Salamanca. 2009.

El año 2000 fue testigo de la aprobación y firma del Tratado de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y los dos protocolos adjuntos, pero también de la “comunitarización” de las políticas migratorias en el seno de la Unión Europea, a través del Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor en 1999¹⁴⁵. El artículo K1 de dicho tratado incluía entre las materias de cooperación policial y judicial, en materia penal, la lucha contra la delincuencia organizada y la trata de seres humanos. En su artículo 73I, recoge por primera vez, la relación entre la creación del espacio de libertad seguridad y justicia y el reforzamiento de las fronteras exteriores y la lucha contra la delincuencia. En cambio, por otro lado, el texto compromete a la Unión Europea y los Estados miembros a contribuir en la lucha contra el racismo y la discriminación. De esta forma, presenta una propuesta garantista de derechos para los ciudadanos extranjeros documentados, pero a su vez de represión del flujo migratorio irregular, vinculándolo con la delincuencia organizada. En esta misma línea, se pronunció el Consejo Europeo en la sesión en Tampere (Finlandia), incidiendo en este doble posicionamiento¹⁴⁶. Así, se ha construido un discurso político, jurídico e incluso mediático que divide a los ciudadanos extranjeros debido a su situación administrativa. Propone, por un lado, políticas de integración para los que tienen la documentación en regla y, por otro, la represión del flujo migratorio irregular y la lucha contra el traficante de personas¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997. («DOCE» C núm. 340, de 10 de noviembre de 1997. BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1999.

¹⁴⁶ Conclusiones de la Presidencia en el Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, en SN 200/99

¹⁴⁷ ViLLACAMPA ESTIARTE, C. “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”, revista penal 14, 2004, p 144. El autor nos describe el proceso legislativo de la LO 4/2000, recordando la influencia de las Conclusiones del Consejo de Tampere de 1999. Añade referencias de otros documentos comunitarios previos. Señala “.....como documentos elaborados por instituciones de la Unión en relación con la delincuencia organizada y, en concreto con la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, pueden citarse, entre otros, además de las recomendaciones contenidas en documento del Consejo sobre prevención y control de la delincuencia organizada, en el que se contienen recomendaciones respecto de la delincuencia organizada en relación con la explotación económica de los inmigrantes, en que se sigue la tradición manifestada por el Consejo Europeo de Ámsterdam de 1997 y el de Viena de 1998, al que se añadió el de Tampere, en lo tocante a la inmigración ilegal.”

Pérez Cepeda considera que la adopción de las Leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000, se produce en el contexto de las conclusiones del Consejo de Tampere, ya que se acerca al modelo de otros países europeos, que presentan discursos integradores para los ciudadanos extranjeros documentados, reconociendo que como tales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su nacionalidad o raza, pero a la vez niega este estatus ciudadano y los derechos que se deducen para los extranjeros en situación administrativa irregular¹⁴⁸. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración Social, se caracterizó por una ruptura con la lógica policial anterior y por una apuesta por la integración social al equiparar a los nacionales con los extranjeros documentados. Ya en sus primeros artículos indica sus prioridades en materia de política migratoria y de integración de los ciudadanos extranjeros en España, señalando como grandes ejes, la coordinación de políticas con la Unión Europea, la ordenación de flujos migratorios laborales y la integración social de los inmigrantes. Por otro lado, la misma norma reconoce entre sus prioridades la lucha contra la inmigración irregular, la persecución del tráfico ilícito de personas y el control de los flujos migratorios a través de terceros países de tránsito.

Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere tuvieron sin duda una importante relevancia en el proceso legislativo de aprobación de la norma¹⁴⁹. Como ya se ha señalado, el Consejo Europeo vincula el control y la represión de la inmigración irregular con la lucha contra el traficante de personas, como si este fuera realmente el único responsable. *Fernández Rozas* recuerda como de las

¹⁴⁸ PEREZ CEPEDA, A.I., "Algunas consideraciones políticas criminales previas a la incriminación del delito de tráfico de personas, Globalización, tráfico ilícito de personas y Derecho penal", REDUR no 0 /junio 2002, Universidad de La Rioja, 2002, P 130.

¹⁴⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas", RP 14, 2004, P 184. La autora también recuerda otros textos aprobados en el ámbito comunitario que también vinculan la inmigración irregular y la delincuencia. Cita entre otros: "las recomendaciones contenidas en documento del Consejo sobre "prevención y control de la delincuencia organizada" en el que se contienen recomendaciones respecto de la delincuencia organizada en relación con la explotación económica de los inmigrantes, en que se sigue la tradición manifestada por el Consejo Europeo de Ámsterdam de 1997 y el de Viena de 1998, al que se añadió el de Tampere, en lo tocante a la inmigración ilegal". La autora desgrana en este artículo, el expeditivo proceso legislativo de esta ley orgánica, en la Comisión constitucional del Congreso de los Diputados.

conclusiones se puede deducir la presentación de Europa como tierra de asilo y por otro lado, incidir en la lucha contra la criminalidad internacional organizada para controlar la inmigración irregular¹⁵⁰. Es desde este discurso que se construye el espacio de libertad, seguridad y justicia, que combina igualmente un discurso garantista y de reconocimiento de derechos, con el control de las fronteras exteriores. En este sentido, resulta relevante hacer una referencia especial de la primera y rápida reforma, aprobada a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre que como señala su exposición de motivos, se incorporan las conclusiones del Consejo Europeo, acontecido en Tampere en 1999, incidiendo en las políticas de integración y la lucha contra el racismo.

Pérez Cepeda interpreta que la reforma insiste en presentar el fenómeno de la inmigración como un peligro que se debe combatir, junto con las amenazas a la seguridad interior, desde fronteras exteriores reforzadas para compensar la desaparición de las fronteras interiores. En esta línea, la exposición de motivos señala como la norma pretende profundizar en la lucha contra el tráfico y explotación de seres humanos, permitiendo el control de determinadas actividades vinculadas al mismo o facilitando la neutralización de los medios empleados por los traficantes. El autor sostiene por lo tanto que esta reforma, responde a una visión estrictamente policial de la inmigración, donde el control de la entrada y la ilegalización de los irregulares se convierten, en sí mismos, en los elementos básicos de la política migratoria. Por ello, el enfoque policial en el control y la represión del flujo migratorio necesita de un autor al que perseguir y responsabilizar del propio proceso. Así, se crea la figura del traficante de personas, al que principalmente se responsabiliza de la inmigración irregular. De esta forma, el control y represión de los flujos migratorios irregulares y la lucha contra el traficante de personas forman un mismo objeto y justifican la existencia de un mismo régimen sancionador. *Villacampa Estirarte* señala cómo las conclusiones de Consejo Europeo de Tampere fundamentan los trabajos de la

¹⁵⁰ FERNANDEZ ROZAS, J.C., "El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea", RJE La Ley, 2004, 4, D-195, P 1887

Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados para incluir el delito de tráfico de personas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.¹⁵¹.

La Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introduce considerables modificaciones, entre las que cabe destacar la introducción en el Código penal del Título XV bis sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, que incluye un artículo 318 bis CP que contempla la tercera figura delictiva de tráfico ilegal de personas:

- “1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.
2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad.
4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta 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

¹⁵¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”, RP 14, 2004, p 144.

perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades.”

En su párrafo primero, el precepto castiga con pena de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a quienes “promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España”. Se trata de una modalidad básica de tráfico, pues no exige una finalidad específica para el traslado, ni ánimo de lucro alguno.

Sólo como subtipo agravado, señala los supuestos en los que opera el ánimo de lucro o la violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de necesidad de la víctima, pasase de una pena de 6 meses a dos años, de prisión a una pena de dos a cuatro años de prisión. Una pena que se aplicará en su mitad superior cuando la víctima sea menor. En todos los supuestos, se prevé una pena superior en grado cuando el autor pertenezca a una organización que se dedique a la realización de este tipo de actividades. El legislador no hace referencia directa al crimen organizado internacional, aun cuando en ese momento, España, había firmado el texto de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, introdujo un incremento de penas para los tipos del artículo 312 CP y también para los del artículo 313 CP, que pasan a ser de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, de lo que resulta un mayor incremento de la pena para el delito de inmigración clandestina de trabajadores del artículo 313.1 CP que para el tipo básico del delito de tráfico de personas del artículo 318 bis CP. La introducción del tipo penal del artículo 318 bis en el Código, a través de reforma propuesta por la ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y a su vez, el mantenimiento del tipo del artículo 313 produce una clara colisión normativa de ambas figuras. En este sentido, *Villacampa Estiarte* subraya posibles problemas concursales entre ambos tipos penales, ya que el artículo 313.1 CP ya sancionaba la promoción o favorecimiento de la

inmigración clandestina de trabajadores a España¹⁵². Existe una parcial coincidencia de comportamientos típicos en uno y otro ilícito, sobre todo cuando el tipo básico del 318 bis CP se refiere al traslado ilícito de inmigrantes, y el artículo 313 señala como sujetos pasivos a inmigrantes que además tengan condición de trabajadores por cuanto pretende defender los derechos de los trabajadores cuando los sujetos pasivos del delito son personas que tienen dicha condición. La diferenciación entre los sujetos pasivos de ambos delitos resulta confusa, cuando además los inmigrantes irregulares son introducidos en España, con la finalidad de explotarlos laboralmente o con conocimiento de que ése es su destino¹⁵³. Además, cabe señalar que el tipo penal del artículo 313 CP dejaba impunes los supuestos de tráfico ilegal de menores, ancianos y otros

¹⁵² VILLACAMPA ESTIARTE, C. "Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas", RP 14, 2004, p 182

¹⁵³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Titulo XVbis, Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en Quintero Olivares G, (Dir.), Comentarios al nuevo código penal", Segunda edición, Aranzadi, 2001, Vol. 2, pág.1524, en que ponía el acento en la consideración del delito previsto en el art. 313.1 CP como supuesto específico de tráfico con finalidad de explotación laboral, lo que explicaría su penalidad agravada; SERRANO PIEDECASAS, J. R., Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en LAURENZO COPELLO P. (coord.), Inmigración y derecho penal. Bases para un debate, Tirant, Valencia, 2002 págs. 392 y ss., en que sostiene que el 313.1 CP es siempre especial en relación con el 318 bis CP por la cualidad de trabajador del sujeto pasivo; de semejante opinión, RODRÍGUEZ MESA, M. J., Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 92, aunque sostiene la posibilidad de concurso de delitos cuando entre los sujetos transportados haya trabajadores y no trabajadores. En sentido parcialmente distinto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, "Ley de extranjería y derecho penal, revista la ley jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía", nº2, 2001, págs. 3 y 4, quien sostiene que el delito previsto en el art. 313.1 es especial en relación con el previsto en el 318 bis. 1 y 2 CP por la condición del sujeto pasivo, aunque admite la posibilidad de ir al concurso ideal de delitos entre ambos preceptos en los demás casos, por entender que no concurre la referida relación de especialidad; en semejantes términos, DE LEÓN VILLALBA, "Tráfico ilegal de personas e inmigración ilegal", Tirant Lo Blanch, Valencia 2003, págs. 308 y ss. o PALOMO DEL ARCO, "Criminalidad organizada y la inmigración ilegal", CDJ, Año 2001, nº 2, Dedicado a: La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos / Carlos Granados Pérez (dir.), págs. 187-188. Tampoco absolutamente coincidente con la última de las opiniones referidas es la de NAVARRO CARDOSO, "Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", op. cit., págs. 50 y ss., quien considera que la diferencia entre uno y otro delito se centra en la finalidad del acto de tráfico, siendo el previsto en el art. 313.1 siempre especial, salvo que concurren las circunstancias previstas en el art. 318 bis.3 CP, único supuesto en que admite el concurso de delitos. La circular de la FGE 1/2002, por su parte, defiende la especialidad del art. 313.1 CP en relación con el art. 318 bis CP sobre la base de la condición de trabajador del sujeto pasivo, admitiendo el concurso de este delito con el de asociaciones ilícitas cuando el sujeto pasivo pertenezca a una organización. Finalmente, GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, "Delitos contra los derechos de los extranjeros.", pág.748, aplican el art. 313 CP con preferencia sobre la base del principio de alternatividad, con la única excepción de que el sujeto pasivo pertenezca a una organización o asociación, en que adoptan la misma solución que la Circular de la FGE.

perfiles de personas que no migren con el objetivo de trabajar¹⁵⁴. En todo caso, es necesario recordar que según el artículo 8 del Código Penal, en aplicación del principio de especialidad, como criterio para resolver el concurso de leyes, deberá apreciarse que el tipo del artículo 313 CP presenta un supuesto más especial y preciso que el del artículo 318bis CP, pues reduce su órbita de aplicación a los trabajadores. De esta forma, se aplicaría el artículo 313 CP y quedaría desplazado el artículo 318bis.

1.5.2.1.4. Reforma introducida por las Leyes Orgánicas 11/2003 de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre

Las reformas de la ley de extranjería, del año 2003, evidencian la evolución de la motivación y la justificación de la política migratoria y de su régimen sancionador. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, establece que con esta reforma se pretende dar “una respuesta penal frente a los extranjeros no residentes en España que cometan delitos”. Esta modificación busca facilitar la expulsión de aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, reducir las posibilidades de regularización y el recorte de los derechos sociales, todo ello justificado bajo el argumento de que estas medidas “son propicias a fin de obtener una disminución en los flujos de inmigración irregular”.

El legislador evidencia, por lo tanto, que el objetivo de esta reforma es la protección de una política migratoria restrictiva de derechos que pretende defender los intereses del Estado. La exposición de motivos es clara sobre el bien jurídico que realmente pretende proteger, tanto desde un régimen sancionador penal, como administrativo y por el que se justifica este notable aumento de la pena.

¹⁵⁴ DAUNIS RODRIGUEZ, A. “El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria”. Editorial Comares. Granada 2009, p 345.

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, reforma el artículo 318bis CP, sancionando: “al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España”, con una pena de prisión de cuatro a ocho años. *Martínez Escamilla* señala que esta reforma permite sancionar cualquier comportamiento relacionado con la inmigración irregular, desde la mera realización de una carta de invitación a la preparación de una travesía marítima con destino a España, aunque finalmente el inmigrante no llegue a su destino¹⁵⁵. Permite sancionar penalmente infracciones que deberían ser sancionadas por la vía administrativa o incluso quedar impunes. En el apartado segundo se introduce el supuesto cualificado de tráfico o inmigración clandestina de personas con fines de explotación sexual, con pena de prisión de cinco a diez años. Por consiguiente, se suprime el artículo 188.2CP, que incriminaba el tráfico con finalidad de explotación sexual entre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. De esta forma, quedaría la siguiente conexión normativa: mientras que, el art. 188.1 CP estaría destinado a la explotación sexual o aprovechamiento abusivo de la prostitución ajena, el art. 318 bis CP sería una protección adelantada de tales conductas, persiguiendo a los traficantes que favorecen la entrada de migrantes para ser posteriormente explotados sexualmente. El Tribunal Supremo en sentencia de 29 de mayo de 2007, señala que el favorecimiento de la entrada en el territorio con el fin de explotar sexualmente a su víctima es un delito previo en la secuencia típica al del artículo 188.1 CP de aprovechamiento abusivo de la prostitución ajena¹⁵⁶. Por lo tanto, ambos delitos deben ser sancionados separadamente.

Sin embargo, dicha relación entre los artículos 318 bis CP y 188.1 CP debe necesariamente asentarse sobre un concepto de explotación sexual y

¹⁵⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “¿Puede utilizarse el Derecho Penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad”, RECPC 10-06 (2008), P 33. En la misma línea, VILLACAMPA ESTIARTE, C. “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”, RP 14, 2004, p 182

¹⁵⁶ STS, Sala 2ª484/2007, número de recurso 11163/2003, de 29 de mayo de 2007l. Esta sentencia resultó fundamental por cuanto determinó la imposibilidad de aplicar el artículo 318.2bis cuando las víctimas tenían nacionalidad rumana o búlgara, ya que, por su pertenencia a la Unión Europea, su entrada y permanencia en España, no puede ser definida como irregular.

explotación de la prostitución ajena que suponga una lesividad mayor que la mera intervención en el traslado de personas o en el ejercicio de la prostitución de otra persona, respectivamente. La coacción, violencia, intimidación y engaño no quedarían recogidas en estos tipos penales, dejando impunes acciones equivalentes a la trata de seres humanos recogidas en la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada y sus protocolos. En este sentido, *Daunis Rodríguez* cuestiona que se pueda considerar que esta propuesta típica regule el delito de trata de seres humanos, ya que falta uno de los elementos configuran dicha conducta: el uso de medios que anulen la voluntad de la víctima¹⁵⁷. La propuesta típica del artículo 318 bis CP, es insuficiente y desde luego queda lejos del tipo penal recogido en la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada y los protocolos adjuntos. Por un lado, el tipo se limita al contexto migratorio y por otro lado define la acción, exclusivamente a través de la referencia a la explotación sexual, pero sin señalar las acciones que la conforman. La Convención de Naciones Unidas, a través de los dos protocolos adjuntos, regula de forma diferenciada los tipos penales de trata de seres humanos y de tráfico de personas, quedando las acciones de coacción y violencia que determinan la explotación e invalidan el consentimiento en el primer tipo penal. Así, la propuesta del artículo 318.2bis no es en absoluto fiel a la propuesta de la Convención, lo que resulta especialmente grave cuando en el mismo año se publicó en el Boletín Oficial del Estado el instrumento de ratificación de esta; y además en el ámbito de la Unión Europea se aprobaron dos Decisiones Marco relativas a ambos delitos¹⁵⁸. De este modo, en la propuesta del artículo 318.2bis, no se puede hablar de un delito de trata, sino de situaciones en las cuales, partiendo de la comisión de una entrada de carácter clandestino y/o ilegal, ésta tenga por finalidad la explotación sexual; asimismo la violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad,

¹⁵⁷ DAUNIS RODRIGUEZ, A., "Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas", IN DRET, RAD, 1/2010, enero 2010. P 18.

¹⁵⁸ Decisión marco del Consejo 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).

necesidad o vulnerabilidad de la víctima dejan de formar parte de los requisitos típicos.

Además, *Iglesias Skulj* añade que la redacción del artículo 318bis2 CP, excluye de la protección penal a las mujeres españolas y comunitarias. Vincula exclusivamente la explotación sexual con la inmigración irregular¹⁵⁹. Cabe recordar que el artículo 181.1 que se mantiene en el Código Penal, sanciona la explotación de la prostitución ajena aun cuando exista consentimiento, pero en cambio en los contextos de explotación en los que el consentimiento no puede ser considerado como válido, los supuestos de mujeres españolas y comunitarias quedarían impunes. Es necesario evitar en todo caso, la confusión entre la trata de seres humanos y la prostitución por las consecuencias que tendría hacia las propias mujeres y la valoración del consentimiento. La explotación de la prostitución de mujeres siempre se castiga, aunque no exista coacción. En cambio, el traslado coactivo con fines de explotación sexual se introdujo por primera vez en el art. 188.2 CP, dejando fuera otras formas de explotación no sexual. Posteriormente, pasa a regularse como tipo agravado del 318 bis, lo que supone que solo se castiga, a su vez, si se produce una entrada irregular, por parte de un ciudadano extranjero, víctima de esta explotación. Facilitando de esta forma, la confusión entre el tráfico de personas y la trata de seres humanos.

En este sentido, *Maqueda Abreu* añade que “una vez más, prostitución y trata participan del mismo concepto, pero, esta vez, en aras de la exclusión de una inmigración sexual indeseada, no de la protección de sus Derechos”¹⁶⁰. En todo caso, no se puede considerar que el tipo del artículo 318.2bis puede asemejarse al delito de trata de seres humanos en el sentido de la Convención de Naciones Unidas, la violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación

¹⁵⁹ IGLESIAS SKULJ, A., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control”, Universidad de Salamanca. 2009, P 666.

¹⁶⁰ MAQUEDA ABREU, M.L., “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”, La Ley: RJED, jurisprudencia y bibliografía, Nº 1, 2006, P 1506. En este mismo sentido, DAUNIS RODRIGUEZ, A., “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, IN DRET, RAD, 1/2010, enero 2010, P 33.

de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima dejan de formar parte de los requisitos típicos.

El apartado tercero del precepto mantiene como conductas agravadas las realizadas con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño e incluye el abuso de situación de superioridad o situación de especial vulnerabilidad de la víctima, suprimiendo el abuso de la situación de necesidad antes previsto en el párrafo segundo. A este respecto, *Iglesias Skulj* se pronuncia en contra de la inclusión del ánimo de lucro en este subtipo agravado, ya que considera que debería formar parte del tipo básico¹⁶¹. De esta forma, habría sido posible, según la autora, diferenciar claramente los supuestos de ayuda humanitaria y además delimitar claramente el régimen sancionador penal y el administrativo. Resulta en todo caso discutible que se impongan igualmente penas en su mitad superior cuando el autor obre con ánimo de lucro o mediante el uso de violencia, intimidación y/o engaño. En quinto apartado del mismo artículo 318bis, impone una pena superior en grado cuando el autor ha obrado desde una organización o asociación. *Iglesias Skulj* recuerda en este punto como en ese momento el artículo 515 CP incluía como asociaciones ilícitas punibles a aquellas que se dedican al tráfico de personas. Aunque finalmente la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, eliminó este inciso, incluyendo este tipo en el primer apartado del mismo artículo 515 CP, relativo a: “las que tengan por objeto cometer algún delito, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada”¹⁶². A su vez, mediante la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, se produce una modificación de la infracción administrativa que se traslada al artículo 54.1. b, mediante la cual se elimina la exigencia de que el sujeto activo deba ser necesariamente parte de una organización criminal, pero se mantiene la

¹⁶¹ GLESIAS SKULJ, A., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control.” Universidad de Salamanca. 2009, P 668.

¹⁶² Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2003.

necesidad de que se realice con ánimo de lucro¹⁶³. Sin duda, las reformas de la Ley de Extranjería del año 2003 fortalecen la vinculación de la inmigración irregular con la delincuencia, no solo desde la exposición de motivos, sino también desde el tipo básico del artículo 318bis que establece un autor que ni siquiera necesita ánimo de lucro. Además, la sanción de la explotación sexual resulta insuficiente e incompatible con la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada internacional, vinculando además en exclusiva este delito con la inmigración irregular. La siguiente reforma propuesta resulta fundamental para la persecución de estos delitos.

1.5.2.1.5. Persecución extraterritorial del delito de tráfico de personas en la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre

Con el paso del tiempo, el régimen penal en materia migratoria no solo ha necesitado de sucesivas reformas de tipo penal, sino también de otras de carácter jurisdiccional que le han permitido aumentar su ámbito de aplicación ante la naturaleza transfronteriza del hecho delictivo. Con el objetivo de permitir la persecución extraterritorial del tráfico ilegal personas, el legislador español, con base en las disposiciones del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, incorpora al tipo básico del artículo 318 bis CP la posibilidad de penalizar los supuestos de tráfico ilegal e inmigración clandestina aun cuando el destino de la conducta sea cualquier país de la Unión Europea. De este modo, según esta nueva reforma, sanciona el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea. Por ello, lo convierte en un tipo penal de carácter europeo acorde con su política de reforzamiento de la protección de las fronteras exteriores de la Unión Europea, ya no solo de las españolas.

¹⁶³ GARCIA ESPAÑA, E./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en AP, número 29, p 734.

En este mismo sentido, la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, también reforma el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), para establecer la competencia de la jurisdicción española para conocer de hechos cometidos por ciudadanos españoles o extranjeros fuera del territorio nacional delitos como “el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadoras” que se relaciona con el fenómeno de la delincuencia organizada¹⁶⁴.

Rebollo Vargas analiza los efectos de la aplicación de esta reforma en la persecución de este delito¹⁶⁵. Recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional fundamenta la jurisdicción española en aguas internacionales¹⁶⁶. El Tribunal señala que es uno de los denominados delitos de mera actividad que se consuma por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, por lo cual cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su realización en condiciones de ilegalidad está incluida en la conducta típica. Por ello, considera que en los supuestos en los que la embarcación en que viajan los traficantes de personas y los inmigrantes carece de pabellón, y todos los pasajeros de dicha embarcación

¹⁶⁴ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicada en BOE de 02 de Julio de 1985.

¹⁶⁵ REBOLLO VARGAS, RECPC 11-09 (2009), p 78

¹⁶⁶ STS 1306/2009, Sala 2ª, de 18 de febrero de 2008. En esta sentencia se abordaba la cuestión de que la embarcación fuera interceptada fuera de las aguas que se encuentra bajo la soberanía española, afirmándose al respecto que “es preciso tener en cuenta: a) que la inmigración ilegal constituye actualmente uno de los problemas más relevantes de la Comunidad Internacional que, de ordinario, guarda una relación muy próxima con la denominada «delincuencia organizada transnacional»; b) que la Convención de 15 de noviembre de 2000 persigue como se expresa en su artículo 1 «promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional»; c) que el Protocolo que complementa la anterior Convención establece, en su artículo 7, que “los Estados parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar”; d) que la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (RCL 1997, 345) establece que la navegación por alta mar “se ejercerá en las condiciones fijadas en esta Convención y por las otras normas de derecho internacional” (v. art. 87.1); y, e) que el art. 4 de la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 (RCL 1971, 2306) establece que “todos los Estados, con litoral o sin él, tienen derecho de que naveguen en alta mar los buques que enarboles su bandera”, previniéndose en el art. 12.2 de dicha Convención que “el Estado ribereño fomentará la creación y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz, en relación con la seguridad en el mar”.

se dirigen a España con la pretensión de penetrar clandestinamente, el delito se consuma antes de que la embarcación sea localizada incluso en aguas internacionales y remolcada posteriormente a un puerto español. De esta forma, la ubicación donde esta embarcación haya sido abordada no determina la competencia del juez español, sino la dirección de la embarcación. En esta misma línea, La Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/2006, de 27 de julio, justifica la persecución extraterritorial de estos delitos, al propugnar una interpretación con arreglo a la cual estos presentan un tipo de consumación anticipada que adelanta la barrera penal al momento en que se facilita o favorece el tráfico, calificándolo de mera actividad y consumándose con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido. Por ello, el delito se consuma, aunque la interceptación de la patera o cayuco se produzca antes de su llegada a la costa española¹⁶⁷. La Fiscalía evidencia que la definición típica que incluye las acciones de favorecimiento supone una clara consumación anticipada, eliminando las dificultades previas detectadas en la persecución del delito. Esta anticipación punitiva adquiere especial relevancia cuando el autor de la acción típica forma parte de una organización criminal, como parte de una cadena. El artículo 24.3.i) LOPJ, a modo de cláusula de cierre, recoge los delitos que deben ser perseguidos en España conforme a los tratados o convenios internacionales. El artículo 15.2.c) de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional determina que los Estados podrán establecer la persecución extraterritorial de estos delitos. Para *Rebollo Vargas*, la Convención no establece la jurisdicción en aguas internacionales, simplemente faculta a los Estados para introducir normas en su Derecho interno que le permitan perseguir estos delitos.

En el mismo sentido se manifiesta el Magistrado Enrique Bacigalupo en su Voto Particular a la STS, Sala 2ª , 1121/2008, de 3 de enero de 2008, donde

¹⁶⁷ Circular de la fiscalía general del Estado 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. La sentencia dice lo mismo que la Circular (matiza un poco con alguna frase introductoria)

la Sala vuelve a insistir en que la jurisdicción española para enjuiciar hechos de esta naturaleza se basa en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, así como en la Convención de Naciones Unidas. Criterio que el Magistrado discrepante no duda en calificar como “equivocado”, ya que afirma que las disposiciones del Protocolo que “autorizan legislar tipificando ciertos delitos, nada dicen sobre la jurisdicción y ésta no se deriva de la facultad para visitar y registrar el buque”¹⁶⁸. El Magistrado se atiene a la decisión del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 3 de febrero de 2005, que desarrolla el principio de ubicuidad por el que “el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el juez de cualquier de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales serán en principio competente para la instrucción de la causa”. Así, la Convención de Naciones Unidas fundamenta exclusivamente la necesidad de tipificar el delito de tráfico de personas en su Código penal, pero no atiende en ningún momento la posibilidad de visitar o abordar una embarcación sin bandera, en aguas internacionales¹⁶⁹. En todo caso, el Protocolo no contiene normas sobre el ámbito territorial de validez de las mismas cuya regulación corresponde a cada Estado. *Rebollo Vargas* señala que la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada en su artículo 15, se basa en el principio territorial y la teoría de la ubicuidad, que considera que el delito se comete tanto en el lugar en el que se produce la acción como en el lugar donde se produce el resultado, por lo que resultaría aplicable tanto la ley penal del país en el que se realiza el comportamiento típico como también la ley penal del país en el que se produce el resultado. Por todo ello, finalmente, ha sido necesaria la adopción de esta ley orgánica para incorporar a la legislación española, el ejercicio de tal jurisdicción de forma plena, permitiendo incluso el abordaje o la visita de embarcaciones sin bandera en aguas internacionales, cuando además no hacen frente a las fronteras españolas, sino ya directamente a las exteriores de la Unión. Es evidente que la regulación anterior quedaba incompleta, ya que se basaba en una regulación que obligaba a los Estados, exclusivamente a regular el tipo penal

¹⁶⁸ STS, Sala 2ª 1121/2008, número de recurso 895/2007, 3 de enero de 2008.

¹⁶⁹ REBOLLO VARGAS, RECPC 11-09 (2009), P 80.

en su ordenamiento, pero no les daba facultades para ejercer de facto dicha jurisdicción para la protección de las fronteras exteriores de la Unión Europea.

En este sentido, la reforma del propio artículo 318bis CP, sanciona la promoción, el favorecimiento o la facilitación del tráfico de personas y la inmigración clandestina hacia otros países europeos, siendo España, país de tránsito, evidencia sin duda la naturaleza comunitaria de la infracción. Si la protección del espacio de libertad, seguridad y justicia, creado en el seno de la Unión Europea, fundamenta el régimen sancionador comunitario en materia migratoria, es coherente que la infracción penal sancione el tráfico de personas y la inmigración clandestina, con destino a cualquier otro país de este espacio, en el que se reconoce el derecho a la libre circulación. Esta reforma resulta pertinente ante la relevancia de los flujos migratorios secundarios en el seno de la Unión, que podrían determinar la impunidad de supuestos en los que el destino del inmigrante objeto del tráfico no fuera España, sino otro país de la Unión.

El delito de tráfico de personas ampara definitivamente la protección de un bien jurídico europeo como es el espacio de libertad, seguridad y justicia, a través del reforzamiento de las fronteras exteriores. El legislador español atiende por lo tanto a la protección de un espacio que excede el español, ante la naturaleza comunitaria de la política migratoria nacional. Justamente, en el propósito de defender las fronteras exteriores, no ya de España sino del conjunto de la Unión Europea, sanciona el tráfico de personas con destino a un tercer país. La determinación de las fronteras exteriores europeas y el afán de su protección justifica esta reforma del tipo penal.

A su vez, con el mismo objetivo de proteger las fronteras exteriores, la reforma de la LOPJ permite la sanción y la persecución del delito de tráfico de personas, cuando sus autores todavía no han alcanzado el territorio nacional. El ejercicio de la jurisdicción que permite la persecución de los delitos cometidos fuera de España se extiende a este tipo penal por la amenaza que supone para las fronteras exteriores de la Unión. No se trata de un supuesto de ejercicio de la jurisdicción universal, que pretende proteger bienes o principios que

conciernen al conjunto de la comunidad internacional sino más bien proteger intereses estatales o comunitarios, recogidos en sus tratados fundamentales.

1.5.2.1.6. Delimitación entre los delitos de trata de seres humanos y tráfico de personas en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio

Finalmente, en 2010, el legislador español adapta el régimen sancionador en materia migratoria a los términos de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y la normativa comunitaria, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Uno de los mayores hitos de esta reforma es el tratamiento normativo diferenciado de los delitos de trata de personas, que pasa a ser regulado como un delito autónomo en el nuevo artículo 317 bis CP, y de tráfico ilegal de personas, que se mantiene en el tipo básico del artículo 318 bis CP. Así reconoce el legislador en el apartado XII del Preámbulo de la citada Ley Orgánica, el error que se venía cometiendo hasta entonces al confundir ambos delitos en un mismo tipo penal¹⁷⁰. De esta forma, el legislador reconoce que hasta la fecha no era fiel a la Convención internacional que España había firmado y ratificado.

El nuevo artículo 177 bis CP, introducido por esta LO, tipifica el delito de trata de seres humanos, en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Además, ya no se trata de un delito que puede cometerse exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarca todas las víctimas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.

El tipo penal del artículo 177bis CP responde a la idea de que la trata es un proceso o trayecto en el que la víctima es obligada a transita, con la finalidad de ser explotada en diversos ámbitos y bajo diferentes circunstancias. La acción está comprendida por la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la

¹⁷⁰ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

recepción en el lugar de destino. A pesar de que los verbos utilizados para describir la acción típica implican el movimiento de la víctima de un lugar a otro, no tiene necesariamente carácter transnacional, ni debe contravenir la legislación de extranjería en el país de destino o tránsito migratorio.

Finalmente, el legislador español acude a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada y en particular el protocolo adicional contra la trata de seres humanos, pero también a la Directiva comunitaria 2011/36, de 5 de abril¹⁷¹. *Villacampa Estiarte* destaca como a través de esta reforma, el legislador comunitario sitúa finalmente a la víctima de este delito, como bien jurídico protegido penalmente¹⁷². En este sentido, la norma comunitaria tendría por objetivo ofrecer una propuesta integral para la víctima, desde una perspectiva de derechos humanos¹⁷³. En todo caso, el enfoque de protección de la víctima desvincula definitivamente este tipo penal del delito de tráfico de personas, por cuanto la víctima no tiene que ser extranjera ni encontrarse en situación administrativa irregular. De esta forma, ya no tiene vinculación alguna con el fenómeno migratorio ni las políticas públicas de los Estados en esta materia. *Iglesias Skulj* considera indispensable la tipificación del delito de trata de seres humanos, pues que la sanción penal del tráfico de personas respondía a la protección de la política de extranjería y no a los derechos humanos afectados¹⁷⁴.

¹⁷¹ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI. Diario Oficial L 101 de 15.4.2011

¹⁷² VILLACAMPA ESTIARTE, C., "la nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas: ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?", RECPC 13-14 (2011), P 3. El autor realiza análisis como la propuesta de la Convención de Naciones Unidas, si bien ofrece un tipo penal completo, lo presenta como un instrumento para la persecución del delito y de las organizaciones criminales transnacionales y no tanto para la protección de la víctima. Ver también VILLACAMPA ESTIARTE, C., "el delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177bis desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación", AFDUDC, 14, 2010, pp 819-865.

¹⁷³ DAUNIS RODRIGUEZ, A., "Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas", IN DRET, Revista de análisis del Derecho, 1/2010, enero 2010. El autor saluda la reforma propuesta, ya que la sanción abandona cualquier tipo de exigencia relativa a la situación administrativa y/o nacionalidad de las víctimas; así como la transnacionalidad de la conducta

¹⁷⁴ IGLESIAS SKULJ A., "Trata de mujeres con fines de explotación sexual: análisis político criminal del artículo 177bis del Código Pena" I Tirant monografías 874. Valencia 2013, p 232.

Finalmente, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos requirió de la derogación del artículo 313.1 CP y de algunas disposiciones del artículo 318 bis 2 CP. El legislador elimina concretamente el supuesto del artículo 318.2bis CP relativo a la explotación sexual, pero persiste el tercer apartado relativo al uso de la violencia. *Iglesias Skulj* no cree adecuada la derogación del primer inciso del artículo 313 CP, que castigaba la inmigración clandestina de los trabajadores, pues da lugar a la desprotección de las trabajadoras migrantes.

Finalmente, el legislador español adopta la definición del delito de trata de seres humanos prevista en la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada y sus protocolos y la Directiva comunitaria. Con la nueva regulación, el delito de trata de seres humanos queda desvinculado de la inmigración irregular y por extensión de la sanción penal de las acciones de promoción y favorecimiento de la entrada irregular. Estas acciones típicas quedan tipificadas en el subtipo agravado cuando existe una puesta en peligro para el inmigrante, pero se desvinculan de aquellas realizadas con la finalidad de explotar sexual o laboral a su víctima hasta el punto de anular la voluntad y el consentimiento de la víctima. No existe así, ninguna acción de explotación, en el tipo penal del delito de tráfico de personas, en ninguno de sus subtipos. El traficante puede poner en peligro la integridad del inmigrante, pero mediante la mera facilitación de la entrada irregular no ejerce explotación alguna hasta el punto de anular su consentimiento. Esta diferenciación en el tipo penal no solo tiene relevancia jurídica sino incluso política y mediática en el tratamiento de la figura del traficante de personas, ya que no puede ser presentado como aquel que priva de toda voluntad y consentimiento al propio inmigrante en su proceso migratorio. Ya no es posible considerar que la transacción económica entre las dos partes determine la “mercantilización” del consentimiento y la voluntad del propio inmigrante. Tras esta reforma, no es posible neutralizar el protagonismo del inmigrante en su propio proceso migratorio. Antes de la reforma, la confusión entre ambos tipos penales evidencia una propuesta de la figura del traficante de personas que facilitaba su persecución penal no solo en defensa de los inmigrantes sino sobre todo de las políticas migratorias estatales y comunitaria.

La siguiente y última reforma del tipo penal, realiza finalmente una transposición de la normativa comunitaria, facilitando la determinación del bien jurídico objeto de protección en el delito de tráfico de personas.

1.5.2.1.7. Transposición definitiva de la legislación comunitaria al Código penal: la LO 1/2015, de 30 de marzo

La ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, dio lugar a una importante reforma del Código Penal. Respecto del delito de tráfico de personas, la redacción final y actual del tipo penal del artículo 318 bis queda de la siguiente manera:

“Artículo 318 bis.

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

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

El tipo básico se adapta finalmente a la propuesta normativa comunitaria, que sustituye las acciones típicas de favorecimiento, promoción y facilitación, por la mera ayuda a la entrada irregular. De esta forma, la nueva propuesta sanciona prácticamente cualquier acción de ayuda a lo largo de todo el proceso migratorio. La rebaja de las penas resulta considerable por cuanto se limita a una privación de libertad o alternativamente de multa de entre tres meses y un año.

La modificación de las penas ya ha sido retomada por el Tribunal Supremo como norma sancionadora más favorable para establecer una rebaja de pena¹⁷⁵,

¹⁷⁵ STS, Sala 2ª, 2908/2016, de 17 de junio de 2016. “El nuevo tipo penal, mucho más benévolo, lo único que pretende es sancionar " conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea", y se configura como un tipo delictivo que excluye expresamente los supuestos de ayuda humanitaria, y también las infracciones cometidas por los inmigrantes, que solo

lo que permite que la propuesta del artículo 318bis sea finalmente fiel a la normativa comunitaria¹⁷⁶.

El legislador español adopta la fundamentación y justificación del legislador comunitario. Así, la sanción de la ayuda a la entrada irregular en el espacio de libertad, seguridad y justicia, protegido por las fronteras exteriores de la propia Unión Europea, se enmarca en un mismo régimen sancionador, que se articula en una política migratoria común. Por ello, el régimen sancionador español en materia migratoria encuentra su coherencia con la propuesta comunitaria, tanto en la descripción del tipo básico, como en las penas impuestas y en el bien jurídico objeto de protección.

En la línea del ordenamiento comunitario, el tipo básico sigue sancionando la ayuda a la entrada irregular sin ánimo de lucro y el tipo agravado se aplica en los supuestos de puesta en peligro o participación de una organización criminal. No sanciona por ello, aquellos supuestos en los que obre violencia o coacción, por lo que en el caso en que los mismos se produzcan, se deberá acudir al tipo agravado correspondiente.

La construcción del delito de tráfico de personas en el Código penal español, a través de las sucesivas reformas, se ha fundamentado en el Derecho internacional y del Derecho comunitario. Por ello, ha sido necesario acudir a

podrán ser sancionadas administrativamente, por lo que la conducta del propio inmigrante ilegal no es delictiva. Lo que se sanciona es la ayuda intencionada a la entrada o tránsito en territorio español de los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, con vulneración de la normativa legal reguladora, así como a su permanencia en nuestro territorio, en este caso solamente cuando la conducta se realice con ánimo de lucro, todo ello con la finalidad de respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios. Y solo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, se atiende además al bien jurídico pregonado en la rúbrica del título, como "*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjero*" debiendo confirmarse la condena, si bien con la penalidad más benévola establecida en la nueva regulación, que debe ser aplicada retroactivamente a estos efectos."

¹⁷⁶ STS, Sala 2ª 3160/2018, de 12 de septiembre de 2018. "El objetivo de la reforma en relación a los delitos de inmigración ilegal del artículo 318 bis, según explica el Preámbulo de la Ley reformadora, es doble: de una parte, definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE ; y, de otra, ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante."

estas fuentes normativas y analizar cómo y cuándo las ha aplicado el legislador español. De esta forma, es posible evidenciar el bien jurídico objeto de protección para cada una de estas fuentes de derecho y como el legislador español las adopta.

Así, el estudio de la criminalización de la entrada irregular necesita no solo el estudio de las sucesivas reformas del régimen sancionador aplicable sino también de la influencia del Derecho internacional y del Derecho comunitario.

1.5.3. Valoración crítica

El estudio de la progresiva criminalización de la entrada irregular en España necesita del análisis de las infracciones y sanciones recogidas en el régimen sancionador en materia de extranjería. A su vez, este régimen sancionador se construye desde el Derecho internacional y el Derecho comunitario.

La articulación de los tres ámbitos del Derecho construye un régimen sancionador complejo, articulado desde el Derecho penal y el régimen administrativo sancionador, y que además recoge diferentes infracciones que protegen diferentes bienes jurídicos. Cada ámbito del Derecho realiza diferentes aportaciones tanto al tipo penal como a la infracción administrativa correspondiente.

La entrada irregular enfrenta los derechos de los ciudadanos extranjeros y la potestad soberana de los Estados en el control de sus fronteras. El Derecho internacional recoge por un lado la potestad soberana del Estado en materia migratoria, pero a su vez, señala sus obligaciones en materia de derechos humanos hacia los ciudadanos extranjeros en situación irregular. Ante esta disyuntiva, el Derecho internacional reconoce la plena potestad de los Estados en el control de sus fronteras y de sus políticas migratorias, del que se deduce la posibilidad de establecer un régimen sancionador que conlleve la expulsión

del ciudadano extranjero, debiendo respetar el principio de legalidad. Ante esto, el Derecho internacional de los derechos humanos realiza una propuesta confusa respecto del reconocimiento de estos derechos para los ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular y que son objeto de un procedimiento sancionador por tal motivo. Si bien reconoce los derechos inalienables a toda persona, desde el Derecho convencional no les dota de los derechos y garantías procesales ante los procedimientos sancionadores. Sólo las jurisdicciones regionales en materia de derechos humanos exigen el reconocimiento del derecho a un recurso efectivo y suspensivo para estos ciudadanos extranjeros cuando cometen una infracción al incumplir los requisitos de entrada en un tercer país. En definitiva, respecto del régimen sancionador en materia migratoria, la propuesta del Derecho internacional favorece las aspiraciones de los Estados fijando unos estándares mínimos y confusos en la aplicación de un régimen sancionador y en el reconocimiento de derechos para los ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular.

La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos adicionales relativos al delito de trata de seres humanos y al de tráfico de personas, aprobada en el año 2000, muestra la preocupación de los Estados por el fenómeno de la delincuencia organizada transnacional y la necesidad de luchar conjuntamente contra el mismo. Por ello, la norma presenta una definición conjunta del crimen organizado transnacional y dos delitos relacionados como son los de tráfico de personas y de trata de seres humanos. No es una norma en materia de derechos humanos que reconozca derechos a las víctimas de estos delitos y/o inmigrantes en situación administrativa irregular, sino más bien de un instrumento jurídico necesario para los Estados en su lucha contra el crimen organizado transnacional.

Respecto de la entrada irregular, ni la Convención ni ninguna otra norma de Derecho internacional realiza propuesta alguna de infracción. La Convención, a través de la definición del tipo penal de tráfico de personas, recuerda que le corresponde al Estado, determinar los criterios de entrada en sus propias fronteras y por lo tanto los términos de la infracción y la sanción correspondiente.

El Derecho internacional no aporta, en definitiva, ninguna clave para la determinación de esa infracción o el del régimen sancionador aplicable. En cambio, la norma internacional permite adoptar medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito en arreglo a su Derecho interno. No impide a los Estados sancionar penalmente otras infracciones como la propia entrada irregular.

La misma norma prohíbe la imputación de los inmigrantes por el delito de tráfico de personas, y limita la autoría del tipo a los miembros de una organización criminal. En este sentido, la norma facilita la diferenciación entre el inmigrante irregular y el traficante de personas perteneciente a una organización criminal, desvinculando ambas figuras, al relacionar definitivamente el delito de tráfico de personas. Se reconoce de este modo el propio inmigrante puede ser protagonista de su propio proceso migratorio y que, en consecuencia, aquel que lle presta ayuda de forma humanitaria o desinteresada no es objeto de sanción penal. De este modo, la Convención deja en manos de los Estados la determinación de la infracción y de la sanción de la entrada irregular, y propone en cambio un tipo penal de tráfico de personas que solo puede cometer quien es un miembro de una organización criminal. De acuerdo con ello, el inmigrante no podría ser sancionado por el mero hecho de ayudar a otro inmigrante en el proceso de entrada. Esta clara diferenciación tiene gran relevancia por cuanto impide la criminalización del propio inmigrante en el proceso de la entrada.

Justamente, casi en contraposición de esta fundamentación jurídica, se presenta otro discurso jurídico y político desde la Unión Europea. La comunitarización de la política migratoria es el instrumento necesario para la construcción y protección del espacio de libertad, seguridad y justicia. Para la consecución de dicho objetivo, se conciben las fronteras exteriores de la Unión Europea, que necesitan por lo tanto de una regulación homogénea y coherente no solo desde los Estados miembro sino también desde las propias instituciones comunitarias. La construcción de un espacio de derechos y libertades en el seno de la Unión promueve la libre circulación de sus ciudadanos, así como el disfrute de derechos a todos los ciudadanos nacionales o que tengan una situación

administrativa regular. Promueve así un discurso de integración y de lucha contra la discriminación, en defensa de un concepto de ciudadanía que no se limita al criterio de nacionalidad, sino que también se extiende a todos los ciudadanos extranjeros en situación administrativa regular.

En contraposición, para la consecución de este objetivo, es necesario reforzar las fronteras exteriores de la Unión Europea. Por ello, las instituciones comunitarias y los Estados miembro, refuerzan el discurso de lucha contra la inmigración irregular, en especial desde la reunión del Consejo Europea en Tampere, en 1999. La defensa de las fronteras exteriores de la Unión necesita un marco jurídico cohesionado, pero también un discurso político y jurídico que lo fundamente. Para la consecución de este objetivo, se construye así la figura del traficante de personas y se le responsabiliza prácticamente en exclusiva de la inmigración irregular. De esta forma, el traficante de personas se convierte en un chivo expiatorio, que justifica la construcción de un régimen jurídico sancionador desde el Derecho comunitario. La determinación de las fronteras exteriores de la Unión y de un marco jurídico, se basa sin duda en la construcción de la figura del traficante de personas, al que se responsabiliza de la práctica totalidad de los flujos migratorios irregulares, y que por ello pone en peligro las fronteras y las políticas comunitarias en materia migratoria.

Como puede verse, el ordenamiento interno comunitario realiza el camino inverso al de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. La propuesta típica no solo es incoherente con la realizada desde la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, sino que presenta varias diferencias relevantes.

El autor del tipo básico en la propuesta comunitaria no pertenece a ninguna organización criminal ni tampoco tiene ánimo de lucro. Por ello, las infracciones de la entrada irregular y el tráfico de personas vuelven a converger ante un concepto de autor que se extiende más allá de la figura del traficante de personas en la forma en que es concebida por la Convención.

Se presenta un proceso migratorio, en el que el propio inmigrante no es protagonista, sino que actúa bajo la dirección y el control del traficante de personas. Desde este planteamiento, toda ayuda a la entrada irregular en el territorio, realizada prácticamente por cualquier autor, constituye un delito de tráfico de personas. La indeterminación del tipo en la descripción del ánimo del autor permite la inclusión en el tipo de prácticamente cualquier acción de ayuda. También, un inmigrante irregular que intenta entrar en el territorio de un tercer país puede ser castigado por este delito, desde el momento en que ayuda a su vez a otro compañero de viaje.

Las relevantes diferencias entre la Convención de Naciones Unidas y la normativa comunitaria dificultan la construcción de un régimen sancionador coherente en materia migratoria, y en particular en lo relativo a la entrada irregular. Así, ante el incumplimiento de los requisitos de entrada en el territorio por parte de un inmigrante, varias pueden ser las consecuencias. La propuesta de la Convención diferencia claramente ambas infracciones al poder separar los autores de estas que presentan características diferentes. Deja en manos del Estado, la determinación de la infracción y la sanción de la mera entrada irregular y en cambio propone la sanción penal del tráfico de personas, sólo cuando su autor es miembro de una organización criminal. En cambio, la normativa comunitaria propone que, al incumplir los requisitos de entrada en un tercer país, el autor puede cometer dos infracciones diferentes, por la mera entrada y por la ayuda a un compañero de viaje, que persiguen el mismo propósito, teniendo uno de ellos naturaleza administrativa y el otro penal. En este sentido, resulta confuso que dos hechos relacionados como la entrada y la ayuda a la entrada que se producen en un mismo contexto y marco se regulen en regímenes sancionadores diferenciados, sin que la supuesta mayor gravedad de la sanción penal quede justificada en la acción de ayuda a la entrada cuando el autor es otro inmigrante que se encuentra en las mismas circunstancias que el objeto de este delito. De esta forma, la propuesta comunitaria favorece la criminalización del propio inmigrante a través de la imputación de un delito de tráfico de personas por la mera colaboración o ayuda hacia otro inmigrante en la misma situación. Si bien la propia entrada irregular no merece una sanción penal, una propuesta tan

confusa respecto del delito de tráfico de personas merece ser objeto de estudio por las consecuencias jurídicas que puede tener para el propio inmigrante.

Ante estas dos propuestas contradictorias entre sí y ambivalentes, el Código penal español acude, en un primer momento, a la normativa comunitaria, ignorando la propuesta de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. No exige que el autor del tipo básico del delito de tráfico de personas tenga que pertenecer a una organización criminal, ni operar con ánimo de lucro cuando favorece la entrada irregular de un tercero. El legislador español, en la línea de la legislación comunitaria, desdibuja la figura del autor de este tipo penal básico, al no determinar ninguna característica ni cualidad del mismo.

En principio, la tipificación de la infracción y la sanción relativa a la entrada irregular, a través del régimen administrativo sancionador, es objeto de regulación en las leyes de extranjería de todo Estado, y no presenta por ello, ningún cuestionamiento jurídico. En cambio, la regulación del tipo y la determinación del régimen penal, ante las acciones de ayuda a esa misma entrada irregular presenta relevantes incoherencias y contradicciones.

La propuesta comunitaria, no solo cuestiona la diferenciación con la infracción de la entrada irregular, sino que dificulta también la distinción y la justificación de ambos regímenes sancionadores. El incumplimiento de los requisitos de entrada establece una infracción y la correspondiente sanción en la legislación de extranjería de todo Estado. A su vez, toda acción de ayuda a esa misma entrada es objeto de sanción penal, lo que sin duda resulta problemático cuando el tipo básico propuesto presenta un autor sin característica alguna. Así, a través de una propuesta tan confusa en el ámbito de la autoría, la diferenciación y la justificación de ambos regímenes sancionadores deviene más complicada.

La entrada irregular en el territorio de un tercer Estado comparte con el delito de tráfico de persona, en su tipo básico, un mismo escenario o contexto, y dos acciones típicas o intercambiables. La acción de entrada irregular en el

territorio de un tercer país es habitualmente una acción colectiva, de tal manera que la mera acción de ayuda la puede realizar otro inmigrante que se encuentra en la misma situación y que comparte el mismo objetivo. Es por ello que el estudio de la infracción y la sanción de la ayuda a la entrada irregular resulta imprescindible para el análisis de la progresiva criminalización de la propia entrada irregular. El régimen sancionador aplicable a la entrada y la ayuda a la entrada, forman en definitiva un único marco sancionador que debe por lo tanto ser estudiado conjuntamente. El estudio crítico de la progresiva criminalización de la entrada irregular en España necesita por lo tanto del análisis de dos infracciones y de sus respectivas sanciones.

Para analizar cómo la sanción penal del delito de tráfico de personas criminaliza la entrada irregular en España, es necesario acudir al bien jurídico protegido en dicho delito. El estudio del bien jurídico protegido por las infracciones relativas a la entrada y a la ayuda a la entrada, tanto desde el régimen administrativo sancionador como desde el ordenamiento jurídico-penal, permitirá mostrar sus diferencias y similitudes, así como la voluntad del legislador de dotar una coherencia a la totalidad del régimen sancionador en materia migratoria.

1.5.4. Los bienes jurídicos protegidos en materia migratoria

1.5.4.1. Introducción

El estudio y análisis del bien jurídico objeto de protección en las infracciones de entrada irregular y de la ayuda a la entrada irregular permite explicar y justificar cuál es el régimen aplicable a cada infracción, pero también confrontarlas a la teoría jurídica del Derecho penal, que lo fundamenta. Se trata en definitiva de analizar si la sanción penal propuesta para la ayuda a la entrada irregular es compatible con la dogmática jurídico penal.

Cuando, la confusa propuesta del tipo básico del delito de tráfico de personas permite finalmente la criminalización efectiva del propio inmigrante que efectúa una entrada irregular, es necesario analizar si la misma, es respetuosa con la teoría del Derecho penal. Así, la sanción penal de la mera ayuda podría no solo criminalizar al propio inmigrante irregular sino también determinar un desafío a la dogmática jurídico penal representada en la teoría del bien jurídico protegido.

El bien jurídico es un instrumento o herramienta con la que analizar y criticar el posicionamiento del legislador respecto del régimen sancionador en materia migratoria. Permite valorar la necesidad de un régimen sancionador, así como la elección del régimen administrativo sancionador o del régimen penal. En el marco de la legislación de extranjería, es necesario justificar cómo el mero incumplimiento de los requisitos de entrada en un país puede determinar la necesidad y la pertinencia de un régimen sancionador aplicable que determine una infracción y la correspondiente sanción. A su vez, la determinación del bien jurídico objeto de protección resulta relevante para definir cuál es el régimen sancionador aplicable a cada una de esas infracciones. Evidencia, por lo tanto, el posicionamiento del legislador respecto del deber ser de la política migratoria, y en especial sobre la pertinencia y las características de este régimen sancionador. Justificando el bien jurídico objeto de protección, el legislador busca legitimar su propuesta legislativa sancionadora.

Es necesario acudir a la teoría del Derecho penal para definir el concepto de bien jurídico, pero sobre todo para analizar su función y utilidad en la determinación de un régimen sancionador y de las infracciones correspondientes, permitiendo establecer además las diferencias entre el régimen sancionador administrativo y el penal.

Roxin propone que el objetivo del Derecho penal es la protección del bien jurídico que debe atender: “todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa

finalidad”¹⁷⁷. El objetivo finalista del bien jurídico justifica así su existencia, en el marco del régimen sancionador.

En este sentido, *Feijó Sánchez* señala que la teoría del bien jurídico debe resolver si el delito es en esencia una lesión o una puesta en peligro de los bienes jurídicos y determinar así la legitimación de la sanción penal correspondiente¹⁷⁸. De esta forma, en un primer momento, se analiza no solo su contenido sino también las amenazas, riesgos, peligros y lesiones que afronta. Posteriormente, se estudia si merced al bien jurídico analizado, las mismas ameritan su protección mediante una sanción penal. A este respecto, *Roxin* señala que los valores y principios constitucionales de un Estado de Derecho inspiran los bienes jurídicos que ameritan protección penal. Por ello, considera que el carácter legitimador del bien jurídico proviene fundamentalmente de su vínculo con la Constitución. Se deduce así que los valores y principios que deben vertebrar los bienes jurídicos deben emanar de los valores constitucionales que, a su vez, son fruto del consenso nacional e internacional¹⁷⁹.

El vínculo constitucional tendría un efecto de “corta fuegos” contra fundamentos o discursos contrarios tanto a los valores constitucionales como a los derechos humanos, que debe proteger toda Constitución en un estado de derecho. Por ello, *Roxin* considera que los principales bienes jurídicos que ameritan protección penal son los derechos individuales, inalienables a la persona. Afirma que estos bienes jurídicos individuales, deben ser los principales y primeros bienes jurídicos objeto de protección penal¹⁸⁰.

¹⁷⁷ ROXIN; K., “El concepto de bien jurídico como instrumentos de crítica legislativa sometido a examen”, RECPC 15-01 (2013), P 5.

¹⁷⁸ FEIJÓ SÁNCHEZ, B.J., “Recesión sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, en Roland Hefendehl (ed.): “La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?”, editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona 2007, Revista para el análisis del Derecho, in Dret 2/2008, Barcelona, abril 2008, P 3.

¹⁷⁹ ROXIN; K., “El concepto de bien jurídico como instrumentos de crítica legislativa sometido a examen”, RECPC 15-01 (2013).

¹⁸⁰ ROXIN; K., añade que un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente, sólo se puede derivar de los cometidos plasmados en la Ley Fundamental de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo. El bien jurídico-penal es, conforme a esta concepción, una circunstancia dada o una finalidad útil para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global para el

De acuerdo con lo anterior, *Vives Antón* representa el bien jurídico como un límite para el legislador que viene dado por los preceptos constitucionales que protegen derechos fundamentales de la persona y sus tradiciones interpretativas, que vienen a especificar aquellos objetos y valores de la vida social susceptibles de ser protegidos penalmente y aquellos que no lo son¹⁸¹. De esta forma, la teoría encuentra la razón de ser y la finalidad del propio bien jurídico. Justifica la necesidad de determinar qué bien jurídico es objeto de protección en cada tipo penal establecido por el legislador.

Por ello, cuando el legislador reforma el Código penal, aprobando un nuevo tipo penal, justifica tal acción en la necesidad de proteger un bien jurídico determinado. El bien jurídico se convierte en un instrumento de legitimación para el legislador, a la hora de justificar una reforma legal¹⁸². Dicha legitimación, desde la propuesta de *Roxin*, se encuentra precisamente en el contenido constitucional y garantista de los derechos fundamentales.

A continuación, la teoría del bien jurídico obliga al legislador a analizar, si estas acciones lesionan o ponen en peligro un determinado bien jurídico con base en el principio de lesividad y, seguidamente, determinar si merece por ello protección penal, teniendo en cuenta los principios de utilidad, idoneidad y subsidiariedad. De esta forma, se diferencia los bienes jurídicos cuya protección debe ceñirse al régimen administrativo sancionador y por otro lado las vulneraciones de bienes jurídicos fundamentales, que por su gravedad ameritan una sanción penal. En definitiva, la determinación de la afectación del bien jurídico permite evaluar de forma crítica la propuesta normativa del legislador,

funcionamiento del propio sistema, por lo que se trata de un concepto normativo, pero no estático, ya que está abierto al cambio social dentro de las finalidades constitucionales.”

¹⁸¹ VIVES ANTÓN, T.S., “Fundamentos del sistema penal”, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia. 2011, pp. 831 – 832. En este sentido se afirma que la ley penal no podrá tutelar bienes “que no tengan alguna suerte de entronque con la CE y, sobre todo, que sean contrarios a los valores que la CE encierra”. En este mismo sentido, CANCIO MELIÁ, M., PÉREZ MANZANO, M., “Principios del Derecho Penal (II)”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (COORD.): Introducción al Derecho Penal, 1ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Madrid, p 55.

¹⁸² En este sentido, MÜSSIG, B., “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre la perspectiva y fundamentos de una teoría del bien jurídico crítico hacia el sistema”, RDPC, 2.a Época, núm. 9 (2002), P 175.

así como la legitimidad de la sanción penal. Por ello, es necesario atender a la naturaleza e intensidad del ataque sufrido por los mismos, concluyendo si esta acción que ha sido lesiva del bien jurídico debe ser sancionada penal o administrativamente.

En este punto, es necesario analizar que sanción merece la lesión de un bien jurídico o la mera puesta en peligro de este. La teoría del bien jurídico, en aplicación del principio de lesividad, señala como la lesión supone la vulneración más grave de un bien jurídico y en cambio, discute sobre si la puesta en peligro de este merece igualmente una protección penal. De esta forma, para el estudio de la criminalización de la entrada irregular en España, es relevante acudir al análisis de los bienes jurídicos protegidos en el conjunto del régimen sancionador en materia migratoria. Será por ello necesario, según la teoría del bien jurídico, identificar en un primer momento, cuáles es el bien jurídico protegido en cada infracción, y posteriormente que acciones determinan una afectación al mismo para así justificar la correspondiente sanción.

Para la consecución de este objetivo, hay que empezar por el delito de tráfico de personas del artículo 318bis del Código penal español, que como se ha analizado previamente recoge la acción típica de ayuda a la entrada irregular. El tipo básico del delito presenta un concepto de autor confuso, que permite incluso su imputación a otro inmigrante que le presta ayuda cuando igualmente está entrando de forma irregular. Este tipo penal, influye en el proceso de criminalización del propio inmigrante y de su entrada irregular, por lo que es pertinente analizar cuál es la voluntad del legislador a la hora de proteger un determinado bien jurídico.

1.5.4.2. Los derechos de los inmigrantes como bien jurídico protegido

El migrante, protagonista de su propio proceso migratorio, hace frente a numerosas situaciones y contextos ante los cuales sus derechos y bienes jurídicos fundamentales se pueden ver amenazados o afectados. El Derecho

internacional recoge una serie de derechos inalienables a la persona que también amparan al inmigrante durante su propio proceso migratorio. A su vez, ante los procedimientos sancionadores relativos al incumplimiento de los requisitos de entrada, la jurisprudencia internacional considera razonable que se le reconozcan derechos y garantías.

El Código penal de 1995 recoge, por primera vez, la sanción de los actos de favorecimiento de la inmigración irregular. La sanción penal queda recogida en el Título del Código penal correspondiente a los derechos de los ciudadanos extranjeros. Desde ese momento, la doctrina penal considera que el favorecimiento de la inmigración irregular y el tráfico de personas hacia España privan al ciudadano extranjero de aquellos derechos que tendría si hubiese entrado o permanecido de forma regular en el país.

Esta doctrina considera que la acción de favorecimiento de la inmigración irregular impediría al inmigrante el disfrute de los derechos que tendría si su entrada fuera conforme a los cauces legales. En este sentido, *Serrano Piedecosas* considera que el acceso irregular de un extranjero al país, sin respetar los requisitos establecidos al efecto en la legislación administrativa, puede resultar perjudicial para su integración y dificultar así su acceso al empleo. El bien jurídico sería la integración social de los extranjeros, a través del disfrute de sus derechos, por lo que el tipo penal tiene como objeto evitar que los extranjeros queden excluidos del acceso a ciertos derechos.¹⁸³

Desde esta perspectiva, el contenido del bien jurídico que tutela no es más que el conjunto de derechos que recoge el Título I de la Constitución en los términos recogidos en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y conforme a la jurisprudencia del Tribunal

¹⁸³ SERRANO PIEDECASAS, J. R., en Lorenzo Copella, P. (coord.), "Inmigración y Derecho penal: bases para un debate", p. 232.

RODRIGUEZ MESA, M.J., "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p 58. Este autor precisa que la protección va dirigida a los derechos y libertades reconocidos al extranjero por el ordenamiento español.

Constitucional que lo desarrolla¹⁸⁴. De acuerdo con este planteamiento, estamos ante un bien jurídico protegido de evidente origen constitucional.

Para autores como *Cancio Meliá* y *Maraver Gómez*, esta propuesta resulta incoherente en cuanto es la propia legislación de extranjería la que limita el acceso a estos derechos, negando el reconocimiento de algunos de ellos como el acceso al empleo o a la reunificación familiar, en base a la situación administrativa. El autor del tipo penal únicamente favorece la entrada irregular pero no es responsable que de la misma se deduzcan menos derechos que si la misma hubiese sido acorde a derecho. El inmigrante ya carece de estos derechos antes de que se produzca el acto de favorecimiento a la entrada. Aunque la entrada irregular, se hubiese producido sin dichos actos de favorecimiento, se seguirían negando derechos al propio inmigrante en razón de dicha entrada. Estos autores concluyen que el bien jurídico protegido no puede estar representado por derechos que no existen¹⁸⁵. El incumplimiento de los requisitos de entrada no solo determina una infracción y la sanción correspondiente, sino que además establece un régimen de derechos y garantías inferior a aquel que los cumple. Así, por lo tanto, el mero favorecimiento no determina la vulneración de derechos, pero sí que lo hace el incumplimiento de los requisitos de entrada en el territorio. En este mismo sentido, *Daunis Rodríguez* y *Laurenzo Copello* añaden que el autor del delito de tráfico no obstaculiza el ejercicio de los derechos de los extranjeros que acceden de forma

¹⁸⁴ STC 107/1984 de 23 de noviembre. STC 236/2007, de 7 de noviembre, Votos particulares. Interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Derechos fundamentales de los extranjeros: reunión y manifestación, asociación, educación, sindicación, intimidad familiar y reagrupación; motivación de la denegación de visado; asistencia jurídica gratuita; expulsión por conducta delictiva; internamiento de retornados; defensa en el procedimiento de expulsión preferente. Nulidad, inconstitucionalidad e interpretación de preceptos legales. Recordemos en este punto que el Tribunal Constitucional reconoce a los ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular, los derechos de carácter inalienables a la persona, por afectar bienes esenciales como la vida, la integridad física y moral, la familia, la libertad de pensamiento, conciencia y expresión.

¹⁸⁵ CANCIO MELIÁ, M.; MARAVER GÓMEZ, M., "El Derecho Penal Español ante la inmigración: un estudio político criminal", 31-121 Revista CENIPEC. 25.2006. Enero- diciembre, p 66.

En este mismo sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", pp. 66-67.

irregular. Es más bien la propia Administración que niega estos derechos, al exigir una serie de requisitos para ejercitar esos derechos¹⁸⁶. Por ello, *Rodríguez Montañés* considera, en contrario, que uno de los motivos por el que la Administración pública niega estos derechos y sanciona el favorecimiento de la entrada irregular, es el interés estatal de controlar los flujos migratorios¹⁸⁷.

El mero favorecimiento de la migración irregular o el tráfico de personas no determina una afectación de derechos cuyo disfrute queda realmente limitado por la legislación de extranjería. La extensión en el reconocimiento de estos derechos queda a merced de legislador, lo que sin duda influye en su integración en la sociedad española. No puede presentarse la legislación de extranjería como un referente para la integración de los ciudadanos extranjeros cuando por otro lado discrimina en el reconocimiento y acceso a derechos en base a la situación administrativa. De esta forma, la mera hipótesis del disfrute de derechos, en el supuesto de entrada irregular en España, no constituye una base sólida sobre la que fundamentar la existencia de un bien jurídico que requiera de protección penal. En todo caso, el traficante de personas no puede ser responsabilizado de la negación o discriminación de derechos si se produce la entrada irregular.

En este sentido, cabe recordar que no existe norma en el Código penal que proteja de forma genérica los derechos de los ciudadanos, extranjeros o españoles. Así, garantizar el respeto de derechos no corresponde a un régimen sancionador, sino a las políticas públicas mediante la protección del Estado del bienestar y de los derechos fundamentales de sus ciudadanos¹⁸⁸.

¹⁸⁶ DAUNIS RODRIGUEZ, A. "El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria". Editorial Comares. Granada 2009, p 57.

LAURENZO COPELLO, P., "La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros en RDPC", Segunda época, nº 12, p 34.

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., "Ley de Extranjería y Derecho Penal", La Ley: RLJE de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº 2, 2001, p 154.

¹⁸⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., (RP 14, 2004, p 144) considera que ha de tenerse en cuenta el respeto al principio de "lesividad", recordando la importancia de limitar la tutela de los presupuestos esenciales para la convivencia externa y la limitación de su intervención a los ataques más intolerables (principio de intervención mínima). Podríamos estar frente a la infracción del principio de *ultima ratio*, ya que estamos frente a la incriminación de una conducta que atenta contra el control del flujo migratorio..

La política migratoria no debe justificar la protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros y no la del resto de los ciudadanos. La persecución de la figura del traficante de personas no justifica la protección de los derechos de unos y no de otros. La protección penal de la integración social o del disfrute de derechos, pone a prueba el principio de subsidiaridad y de ultima ratio, ante la posibilidad de acudir al régimen administrativo sancionador y no al penal.

En este sentido, autoras como *Villacampa Estiarte* o *Pérez Cepeda* sostienen que es necesario realizar una interpretación que proporcione la suficiente antijuridicidad material a la figura del artículo 318 bis CP, evitando con ello su conversión en un delito meramente formal o en una infracción administrativa elevada a la categoría de delito¹⁸⁹. En un intento de justificar la suficiente antijuridicidad material, la doctrina acude entonces a la protección de la dignidad del inmigrante, considerando que la realización del tipo penal mercantiliza a la persona, de lo que se puede deducir un tratamiento vejatorio hacia el mismo. En este sentido, *Pérez Cepeda* considera que cualquier negociación que tenga por objeto al ser humano, a la persona como categoría genérica, debe considerarse ilegal por suponer un atentado contra la dignidad de esta. Se trata de un proceso de despersonalización y cosificación contrario a la dignidad humana, al convertir al inmigrante en una mercancía¹⁹⁰.

1.5.4.3. La dignidad de los inmigrantes como bien jurídico protegido

En esta misma línea, parte de la doctrina sostiene que, aunque no se llegue a un supuesto de explotación sexual y/o laboral, existe un ataque a la

¹⁸⁹ VILLACAMPA ESTIARTE.C., "Titulo XVbis. Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en QUINTERO OLIVARES G, (Dir) Comentarios al nuevo código penal, Segunda edición. Aranzadi, 2001, p 1517) En esta misma línea, DE LEÓN VILLALBA, F.J. (obra), sostiene que el derecho a la integridad moral es un derecho de carácter general e individual que debería haberse ubicado junto a los otros delitos que atentan contra este derecho. DE LEÓN VILLALBA, F.J. Tráfico de personas e inmigración ilegal, Tirant Lo Blanch. Valencia 2003, p 251.

¹⁹⁰ PEREZ CEPEDA A.I., "Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal", Comares 2004, p 172.

dignidad pues en el acto de favorecimiento o ayuda en la entrada y permanencia irregular, media engaño, al hacer creer al ciudadano extranjero, objeto del tráfico, que disfrutará de mejores condiciones de vida en España. Esta propuesta presenta un proceso migratorio teledirigido por una tercera persona que engaña al propio inmigrante para influir en su voluntad.

Para *Rodríguez Mesa* este es un delito que supone “la conversión absoluta de la persona en una mercancía, cuya única dimensión es el beneficio que producen para otros”¹⁹¹. Las conductas de los traficantes obstaculizan el desarrollo individual de cada miembro del grupo y le cosifican a través del tráfico¹⁹². Por este motivo, esta autora considera que la protección de la dignidad de los migrantes presenta un “plus” lesivo que justifica el carácter penal de la misma.

La línea de la que se parte es que todo proceso de negociación que tenga por objeto al ser humano, a la persona como categoría genérica supone un atentado contra la dignidad. En este caso, el legislador penal evalúa la “antijuricidad material” de este tipo penal, pero no la lesión o puesta en peligro de la víctima. Esta propuesta entiende la dignidad no desde una perspectiva individual, sino colectiva. La realización de la acción típica determina comportamientos lesivos contra colectivos especialmente vulnerables, lo que justificaría la trascendencia de la conducta del tráfico y el adelantamiento del Derecho penal al terreno de la puesta en peligro. De esta forma, esta propuesta doctrinal incurre en un supuesto de “paternalismo jurídico” que se apropia de la dignidad de los inmigrantes y se permite determinar así la existencia de un supuesto de puesta en peligro.

Entonces, el legislador se apropia del proceso migratorio del propio inmigrante; valorando así las circunstancias y la motivación de este. Obvia la voluntad del propio inmigrante de ponerse en peligro o negociar con un tercero,

¹⁹¹ RODRÍGUEZ MESA, M.J., “delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2001, p 27.

¹⁹² RODRÍGUEZ MESA, M.J., “delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2001, p 33.

un acuerdo por el que obtener ayuda para llevar a cabo una entrada irregular. Esta doctrina considera, que el traficante de personas engaña al propio inmigrante respecto de las circunstancias y condiciones del viaje, así como sobre la vida que va a encontrar al alcanzar el destino. De esta forma, ataca por lo tanto a su dignidad, negándole información relevante sobre el proceso migratorio que va a iniciar.

A este respecto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo mediante la Sentencia 143/1998, de 5 de febrero de 1998, señala que el bien jurídico protegido no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas¹⁹³. Considera que se trata de un delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a la explotación laboral. Partiendo de estas consideraciones del Tribunal Supremo, puede entenderse que la dignidad se ve afectada por el engaño al inmigrante por el cual no se le informa de los riesgos que va a correr durante el proceso migratorio, o por el que no conoce la futura explotación laboral que va a sufrir al estar en situación irregular. El atentado a su dignidad se produce también cuando durante el propio trayecto es tratado como una mera mercancía, tanto por el engaño, como por la desinformación o el mal trato al que es sometido. La mercantilización no se produce en definitiva por el intercambio comercial con el traficante de personas, sino más bien por la cosificación del inmigrante al desprestigiar su consentimiento, su opinión y someterle a tratos inhumanos y degradantes.

En esta misma línea, *Pérez Cepeda* considera que la mercantilización y “cosificación” del migrante justificaría un tratamiento legislativo diferente al resto de los ciudadanos, así como la negación del consentimiento libre y de sus derechos como víctima. Añade que cualquier negociación que tenga por objeto a la persona, debe considerarse ilegal por suponer un atentado contra la dignidad

¹⁹³ STS, Sala 2ª 143/1998, número de recurso 1248/1995, de 5 de febrero de 1998.

de esta, al convertir al inmigrante en una mercancía ¹⁹⁴. De esta forma, se niega el libre consentimiento del inmigrante lo que fundamenta la indisponibilidad del bien jurídico.

En cambio, *Martínez Escamilla* sostiene que pensar que se produce un proceso de cosificación, en el momento de alcanzar un acuerdo con el traficante, supone desconocer las múltiples modalidades en que una persona puede llevar a cabo su proceso migratorio¹⁹⁵. Considera que la estigmatización y los prejuicios sobre los inmigrantes y los extranjeros en general, favorece un discurso “criminalizador”. En el mismo sentido, añade que la irregularidad administrativa es asociada a la marginalidad, que en consecuencia es calificada como un estado de peligrosidad criminal. La miseria es considerada un negocio que concluye en el sometimiento del inmigrante a situaciones claramente lesivas de su dignidad o de otros derechos, que en razón de la misma se ve obligado a asumir. Denuncia así que ese mismo proceso de estigmatización se produce desde un discurso político y jurídico paternalista y criminalizador del propio legislador, sobre el que el traficante de personas no tiene incidencia alguna.

En este mismo sentido, *Cancio Meliá y Maraver Gómez* consideran que, si la intención del legislador es la protección de los derechos de los inmigrantes irregular, ya existe una propuesta típica adecuada en el Título VII del Libro II del Código Penal relativo a las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Advierten que la conducta favorecedora del tráfico o la inmigración ilegal no deja de suponer un trato degradante que menoscaba la integridad moral y que, por tanto, podría quedar eventualmente incluida en el tipo del artículo 173 del Código Penal.

En este mismo sentido, estos autores sostienen que la protección de un bien jurídico específico para los inmigrantes extranjeros tiene difícil recorrido

¹⁹⁴ PÉREZ CEPEDA, A.I., “Globalización, Tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal”, Comares 2004, p 173.

¹⁹⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “La inmigración como delito: un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318bis”, Atelier Libros, Barcelona, 2007, p 60.

doctrinal por cuanto los ciudadanos extranjeros, sea cual sea su situación administrativa, tienen reconocida la protección penal de sus bienes jurídicos fundamentales inalienables a la persona, como la integridad física y moral. Por ello, si en el curso de este proceso migratorio, realizado con la ayuda del traficante, el migrante es objeto de coacción, acoso o sufre cualquier lesión de su integridad física o moral, el ordenamiento penal ofrece un extenso catálogo de tipos penales, incluyendo los que suponen un ataque a su dignidad¹⁹⁶. En definitiva, el Derecho penal ya tiene instrumentos punitivos que protegen los derechos de los inmigrantes, al igual que los de cualquier otra persona.

Si el legislador pretende fomentar la integración social de los ciudadanos extranjeros o la protección de derechos sociales y económicos no necesita una infracción de carácter penal sino de políticas públicas que combaten esas desigualdades.

La protección penal de los derechos y de la dignidad de los inmigrantes mantiene una visión paternalista del fenómeno migratorio, en la que se ve sometido al traficante de personas, anulando la validez de su consentimiento. La consideración de la dignidad del inmigrante como un bien jurídico colectivo, determina la neutralización de su consentimiento y por extensión la indisponibilidad del propio bien jurídico. La referencia a la dignidad de los inmigrantes justifica por un lado la preocupación del legislador por el inmigrante, pero a la vez, al señalar su vulnerabilidad ante el traficante, priva de todo valor a su consentimiento, negándole su estatus de víctima.

De esta forma, la doctrina penal elabora una propuesta que pone a prueba la teoría del bien jurídico, privando al individuo de la protección de sus bienes jurídicos individuales en favor de la defensa de un bien jurídico colectivo. En este mismo sentido, la doctrina también ha analizado si el tipo penal básico del delito

¹⁹⁶ Cabe señalar que este análisis de estos autores se realiza antes de la reforma del año 2010, que introduce finalmente el tipo penal autónomo del delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y/o laboral. En todo caso, cuando la coacción y el acoso sufrido por la víctima es de tal intensidad, que su consentimiento no puede ser objeto de valoración, se puede acudir actualmente al tipo penal autónomo de la trata de seres humanos.

de tráfico de personas del artículo 318bis, protege realmente un bien jurídico de carácter estatal.

1.5.4.4. La protección penal de las políticas migratorias estatales

1.5.4.4.1. Definición y determinación de la política migratoria

La política migratoria de un Estado desarrolla su potestad soberana, reconocida en el Derecho internacional, en el control de sus fronteras y la determinación de los requisitos de entrada y permanencia. Pero, a su vez, debe garantizar el respeto de los derechos humanos inalienables a la persona. En este sentido, desde el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, el Estado debe respetar, en todo caso, el principio de legalidad, en la devolución o expulsión de nacionales de terceros países de su territorio¹⁹⁷.

Según el ordenamiento interno, corresponde al Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1. 2.^a de la Constitución, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales. El artículo 2bis de la LOEX señala que las políticas públicas migratorias comunitarias deben marcar los ejes y los principios de actuación en nuestro país. El proceso de comunitarización de la política migratoria ha convertido a las instituciones europeas en un actor fundamental de la política pública española en la materia. Por ello, el ordenamiento interno que regula la política migratoria se fundamenta esencialmente de normas de Derecho internacional y de Derecho comunitario.

¹⁹⁷ PIDCyP Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto. BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.

En el ámbito comunitario, los tratados fundamentales definen igualmente el alcance la política migratoria. Los artículos 77 y siguientes del TFUE, incluyen en su política migratoria, el control de personas, la vigilancia de las fronteras exteriores e interiores, el establecimiento de una política común de visados, así como las condiciones de acceso de nacionales de terceros países al espacio de libertad, seguridad y justicia¹⁹⁸. En el artículo 79 añade el reconocimiento de un trato equitativo hacia los ciudadanos extranjeros nacionales de un Estado no miembro, que residan legalmente; y por otro lado la prevención y la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. De esta forma, traslada así a la legislación española de extranjería, un tratamiento diferenciado debido a la situación administrativa del ciudadano extranjero. Promueve una política de integración y de reconocimiento de derechos para unos y de control y sanción para otros. Los primeros son bienvenidos al espacio de libertad, seguridad y justicia y los segundos son el principal objeto de control en las fronteras exteriores de la Unión Europea.

El régimen sancionador aprobado y el reconocimiento de sus derechos y garantías procedimentales, evidencia sin duda el posicionamiento del Estado hacia el fenómeno migratorio. De esta forma, la política migratoria no se deduce exclusivamente de la aprobación de una serie de normativas, sino que también justamente de la aplicación de ese instrumento sancionador, a través de la regulación administrativa. Por ello, la protección de este instrumento es esencial para garantizar la potestad soberana del control de fronteras y de los flujos migratorios.

El régimen administrativo sancionador fundamenta la incoación y resolución de miles de expedientes sancionadores que concluyen en una devolución en frontera o expulsión del territorio. Se trata por lo tanto de un instrumento sancionador que permite la gestión de grandes volúmenes de expedientes y de supuestos. El régimen administrativo sancionador protege la

¹⁹⁸ Versiones consolidadas del TUE y del TFUE. Diario Oficial C 326 de 26.10.2012.

política migratoria estatal, por cuanto sanciona los requisitos de entrada y permanencia recogidos en la misma.

Cuando el legislador acude al Derecho penal para la protección de la política migratoria, considera que el régimen administrativo sancionador no es un instrumento jurídico eficaz ante los desafíos, que afronta. Si bien el régimen administrativo sancionador, permite gestionar un alto volumen de incumplimientos de requisitos de entrada que determinan una sanción, el legislador considera que, en determinados casos, se produce una lesión o puesta en peligro de la política migratoria que solo el Derecho penal puede proteger. Por este motivo, resulta relevante acudir al delito de tráfico de personas recogido en el Código penal, especialmente en su tipo básico. El estudio de la sanción de la entrada y la ayuda a la entrada es interesante, ya que representa de forma gráfica un desafío a la política migratoria de control de fronteras. Si bien, parte de la doctrina ya ha analizado este tipo penal, incidiendo en la protección de los derechos de los propios inmigrantes y de su propia dignidad, desde otros posicionamientos se considera que el verdadero bien jurídico protegido es realmente la política migratoria estatal. el tipo penal del delito de tráfico de personas y la protección penal de la política migratoria, es un estadio previo relevante en la progresiva criminalización de la entrada irregular en España.

1.5.4.4.2. Fundamentación jurídica de la protección penal de las políticas migratorias

Cabe recordar que el tipo penal básico del delito de tráfico de personas en los siguientes términos:

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

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

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

Como ya se ha señalado anteriormente, el tipo presenta una conducta realizada sin ánimo de lucro y sin ejercer ningún tipo de violencia, intimidación o coacción hacia el propio inmigrante. La acción típica se limita a ayudar al propio inmigrante para la consecución de la entrada irregular en España, en incumplimiento de los requisitos establecidos.

De esta forma, se difuminan las diferencias entre las figuras del traficante y del inmigrante, ya que puede darse el supuesto en el que aquel que presta ayuda a un tercero, también pretende entrar y permanecer irregularmente en España. Además, sin una relación de dependencia, de abuso sobre el inmigrante o puesta en peligro, parece que la valoración de la conducta del inmigrante y de quien le ayuda debería ser la misma. De esta forma, no podría considerarse al inmigrante como víctima de aquel que le presta ayuda. Así la figura de ambos no se podría diferenciar. El tipo básico del delito de tráfico de personas solo podría tener por objetivo la protección penal de las políticas migratorias. De esta forma, tanto el traficante como el traficado atentan contra dichas políticas.

Parte de la doctrina considera que el tipo básico del delito de tráfico de personas protege la política migratoria estatal, y lo critica al considerar que las consecuencias son muchas y graves. Una de las principales críticas realizadas contra la protección penal de la política migratoria estatal, es la dificultad de definir y determinar que se puede englobar dentro de la misma cuando la gestión de la política migratoria corresponde al poder ejecutivo. Desde el debido respeto del principio de legalidad, en su gestión, el ejecutivo evidencia su posicionamiento político e ideológico. La protección penal de la política migratoria podría dejar en sus manos la aplicación del régimen sancionador penal en materia migratoria.

Autores como *Arroyo Zapatero* consideran que no solo se intenta proteger el control de fronteras de la política migratoria, lo que, sin duda, podría evidenciar un posicionamiento político del poder ejecutivo, al fundamentarse en principios y valores como la preservación de la identidad cultural de una sociedad, siendo sus fines prioritarios la conservación del mercado laboral y las prestaciones sociales, lo que representa su capacidad asistencial y financiera debido a la presión migratoria, en definitiva el deber ser del orden socio económico, como lo entiende el poder ejecutivo¹⁹⁹.

En este mismo sentido, *Daunis* considera que no queda claro si estamos frente a un bien jurídico de carácter económico (la desestabilización del mercado económico), ideológico (identidad nacional) o social (la convivencia). Una referencia genérica a las políticas migratorias como bien jurídico protegido, permite que este se adecúe a prioridades del poder ejecutivo en cada momento.

La opción ideológica del poder ejecutivo de turno marcaría, en definitiva, no solo la intensidad del control de flujos migratorios, sino también la motivación de la política migratoria y de su propio régimen sancionador. La protección penal de las políticas migratorias no solo establece la defensa de la propia práctica y logística en el control de flujos migratorios, sino también de las opciones ideológicas que subyacen detrás del mismo. De esta forma, ante un bien jurídico tan poco definido y tan vulnerable a su interpretación por parte del poder ejecutivo, *Daunis* Rodríguez considera que no amerita su protección penal. Por

¹⁹⁹ ARROYO ZAPATERO, L., "Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos ", en Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre (dir.), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Cuenca, 2001., pp 32 ss. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, en VVAA., El extranjero en el Derecho penal español, p. 355. Cfr., también, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, en MOYA ESCUDERO (Coord.), Comentario sistemático a la Ley de Extranjería, p. 916. RODRIGUEZ MONTAÑES, T., Ley de Extranjería y Derecho Penal, La Ley: revista La Ley jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, número 2, 2001, p. 1738, quien sostiene que lo que se protege es el "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". Considera también que el control de los flujos migratorios forma parte del bien jurídico protegido en este delito del art. 318 bis CP. También, con respecto al tipo básico del apartado primero del art. 318 bis CP, PALOMO DEL ARCO, A., "Criminalidad organizada...", Cuadernos de derecho judicial, Año 2001, Número 2. Dedicado a: La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos / Carlos Granados Pérez (dir.) pp. 176-177. También, incluyendo al apartado 2o a raíz de la última reforma, MAQUEDA ABREU, M.L., ¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis, 2?: las sinrazones de una reforma, RDPP, nº. 11, 2004, pp. 42-43.

ello, añade que un Derecho penal mínimo y garantista, propio de un Estado de Derecho, solo debe sancionar aquellas conductas que afecten o pongan en peligro el libre desarrollo del individuo en sociedad. El régimen administrativo sancionador es, según el autor, más adecuado para proteger la política migratoria de un Estado²⁰⁰.

La determinación de la intensidad o del formato del control fronterizo albergan algún tipo de opción ideológica por parte del legislador y del ejecutivo. Estas políticas en materia fronteriza muestran valoraciones y prioridades del poder ejecutivo sobre las presiones que los flujos migratorios suponen para la convivencia en el seno de nuestra sociedad, nuestros recursos disponibles, el mercado laboral o el estado del bienestar²⁰¹. De esta forma, en el supuesto de un poder ejecutivo que gestionase la política migratoria, en defensa de valores y discursos xenófobos y racistas, el tipo penal básico del delito de tráfico de personas podría ser un instrumento penal para sancionar al propio inmigrante, cuando, además, como ya se ha señalado, las figuras del traficante y del traficado son fácilmente confundibles.

Iglesias Skulj, en la misma línea de *Daunis*, considera que esta propuesta contraviene los límites formales y materiales del Derecho penal. Ya que no se puede determinar que la inmigración irregular constituya una “amenaza a la estabilidad sistémica”, que justifique la sanción penal²⁰². Añade que se castiga a la inmigración ilegal sin más exigencias, lo cual adquiere mayor relevancia cuando la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, incorpora la inmigración clandestina al precepto, resultado de una modificación producto de “*una reforma*

²⁰⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. “El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria”. Editorial Comares. Granada 2009, pp 70-71.

²⁰¹ ORTEGA MARTÍN, E., “Manual práctico de Derecho de Extranjería, La Ley”, Madrid 2010, p 298. Sostiene este autor que se protege también a la sociedad española frente a las posibles consecuencias negativas que una inmigración descontrolada puede provocar en una pluralidad de ámbitos como el económico y la actividad prestacional.

²⁰² “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control.” IGLESIAS SKULJ, A. Universidad de Salamanca. 2009. Rodríguez Mesa considera que el bien jurídico protegido por el tipo básico nunca puede ser el control de los flujos migratorios, pues ello conllevaría la punición de la violación de la normativa reguladora de las condiciones que hacen a la “legalidad” de la inmigración, RODRIGUEZ MESA M.J., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, p 56.

puesta al servicio de una severa política migratoria que busca en el derecho penal una herramienta efectiva y pragmática para el control y reducción de la presencia de extranjeros indocumentados en territorio español.”²⁰³

1.5.4.4.3. Una propuesta de consenso desde el Tribunal Supremo: el delito “pluriofensivo”

En la misma línea de la propuesta anterior, la Jurisprudencia y un sector de la doctrina reconocen que el delito de tráfico de personas, desde su tipo básico a su subtipo agravado, protege diferentes bienes jurídicos. El Tribunal Supremo aúna la especial vulnerabilidad de los “inmigrantes sin papeles” y los intereses del Estado para justificar la naturaleza “pluriofensiva” del delito de tráfico de personas.

A través de las Sentencias 1087/2006, de 10 de noviembre y 1465/2005 de 22 noviembre, ha confirmado que el tipo penal debe combinar la protección de ambos bienes jurídicos, y alerta del riesgo de proteger exclusivamente la política migratoria de control de flujos. Considera que la protección en exclusiva del bien jurídico, eleva a categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas, cuando debería proteger los derechos y la dignidad de los inmigrantes, evitando que sean tratados como objetos, en una clara lesión de su integridad moral²⁰⁴. La segunda de las sentencias indicadas añade que debe primar la protección del inmigrante, atendiendo a su especial vulnerabilidad, debido a la situación administrativa irregular, que se deduce del incumplimiento

²⁰³ IGLESIAS SKULJ, A., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control”, tesis doctoral, Universidad de Salamanca. 2009, p 563.

²⁰⁴ STS, Sala 2ª, 1087/2006, Número de recurso 712/2006 de 10 de noviembre de 2006. STS, Sala 2ª, 1465/2005, Número de Recurso 163/2005, de 22 de noviembre.

de la normativa de entrada, permanencia y salida de extranjeros, y el régimen administrativo que se deduce²⁰⁵.

En todo caso, el Tribunal Supremo, a través de la sentencia 569/2006, de 19 de mayo, resume su posicionamiento, señalando que en el tipo penal confluyen el Estado; por controlar los flujos migratorios y luchar contra la criminalidad organizada, y por otro evitar situaciones de explotación de los derechos y seguridad de los propios inmigrantes²⁰⁶.

Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo atiende a compleja realidad de la inmigración, reconociendo que la propia legislación de extranjería y su régimen sancionador, genera una especial vulnerabilidad para el inmigrante. Señala que la aplicación del régimen sancionador lanza al inmigrante en manos del traficante de personas, para la consecución de su objetivo, la entrada irregular en el territorio. En este contexto, considera que el inmigrante es más vulnerable al abuso, intimidación y uso de la violencia por parte del traficante, lo que justifica la protección de sus derechos en los subtipos agravados. A su vez, el Tribunal incide en la necesidad de protección penal del Derecho europeo del control de los flujos migratorios y la lucha contra el traficante de personas, a través del tipo penal básico del delito de tráfico de personas²⁰⁷.

Una parte de la doctrina considera que esta propuesta es óptima, ya que, apuesta definitivamente por la protección penal de la política migratoria, pero sin olvidar la protección de una de sus principales consecuencias, el desamparo y la vulnerabilidad, que la misma política y su régimen sancionador provoca en el propio inmigrante irregular, dejándolo en manos del traficante. Así, protege una política pública estatal pero también las consecuencias de esta sobre el propio inmigrante, de las que se aprovechan las organizaciones mafiosas²⁰⁸. La

²⁰⁵ STS, Sala 2ª, 1465/2005, Número de Recurso 163/2005, de 22 de noviembre.

²⁰⁶ STS 569/2006, Recurso número 928/2005, de 19 de mayo, y la STS 153/2007, Número de recurso 1695/2006, de 28 de febrero.

²⁰⁷ STS, Sala 2ª, 2908/2016, Número de recurso 1101/2015, de 17 de junio de 2016.

²⁰⁸ DAUNIS RODRIGUEZ, A. "El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria". Editorial Comares. Granada 2009, pp 67-68. "La concepción ecléctica nos parece muy cercana a los intereses del legislador; ya que de un lado se salvaguarda el interés estatal en controlar los flujos migratorios y, de otro,

contradicción es evidente en cuanto apoya una cosa y su contraria. El Tribunal Supremo pretende que un mismo tipo penal proteja los derechos de un colectivo de ciudadanos, así como la norma que regula el procedimiento sancionador aplicable a los mismos. Realiza una presentación parcial e irreal de la legislación de extranjería, obviando su función represiva.

1.6. Conclusiones

El estudio de la progresiva criminalización de la entrada irregular en España ha necesitado del análisis de la infracción y de la sanción de la entrada irregular y de la ayuda a la misma, en el territorio de un tercer país. En definitiva, el estudio del régimen sancionador en materia migratoria, desde las diferentes fuentes normativa que lo fundamentan, es un proceso necesario para analizar el verdadero alcance jurídico de este proceso de criminalización. Para ello, ha sido necesario acudir al Derecho internacional, al comunitario y el interno, y ver cómo ha sido posible la articulación de estas tres ramas del derecho en el régimen sancionador.

La Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional determina, por primera vez, la voluntad de la comunidad internacional de combatir de forma conjunta ese fenómeno. Con este objetivo, tipifica varios crímenes considerados graves como son el delito de tráfico de personas y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. y/o laboral Delimita la autoría de estos tipos penales a los miembros de organizaciones

mediante los subtipos agravados, se otorga protección a los extranjeros objeto del tráfico ilegal. De esta forma se incorpora el derecho penal a la política migratoria estatal para dotar de una mayor eficacia al control de la inmigración irregular, y de forma indirecta, se responde a las mafias que han proliferado en los últimos años para dedicarse al tráfico ilegal de personas.”

RODRIGUEZ MONTAÑES, T., “Ley de Extranjería y Derecho Penal”, La Ley: revista La Ley jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, número 2, 2001, pp 75-89 Teje su argumentación en torno a la protección del orden socioeconómico mediante el tipo penal propuesto. Rodríguez Montañés entiende que se trata de la protección de dos intereses, uno de ellos, el control de los flujos, y el otro, configurado por los derechos básicos de los migrantes. Esta autora construye, a partir de la conjugación de estos dos intereses, la categoría de bien jurídico intermedio, que estaría representado por los derechos de los extranjeros, oficiando en función representativa del bien jurídico supraindividual institucionalizado, que es el orden socioeconómico.

criminales transnacionales. De esta forma, deja fuera a todos aquellos que ayuden o favorezcan la entrada irregular cuando actúen de forma desinteresada o cuando tengan ánimo de lucro, pero no formen parte de estas organizaciones. Para evidenciar aún más esta delimitación, determina que los propios inmigrantes no podrán ser autores del delito.

Pese a esta clara definición del ámbito subjetivo del tipo penal, la Convención no prohíbe que los Estados puedan sancionar al inmigrante por otra infracción recogida en su ordenamiento. Si bien el Derecho internacional convencional ofrece una interesante propuesta típica respecto de los delitos de tráfico de personas y trata de seres humanos, deja en manos de los Estados la determinación de la sanción aplicable ante el incumplimiento de los requisitos de entrada por parte de un ciudadano extranjero.

El Derecho internacional no hace ninguna otra aportación respecto a la infracción y sanción de la entrada irregular en el territorio de un tercer país, más allá del respeto del principio de legalidad. Los Estados son muy celosos en guardar su potestad soberana en la determinación de los requisitos de entrada y permanencia en su territorio y del régimen sancionador aplicable en caso de incumplimiento.

Ante una comunidad internacional reticente a comprometerse en materia migratoria, la consolidación del proyecto europeo ofrece nuevas propuestas y orientación en la materia. El proceso de construcción política de la Unión Europea necesita del reconocimiento de un espacio geográfico, político y jurídico, a través del espacio de libertad seguridad y justicia. La creación de las fronteras exteriores de la Unión Europea son una consecuencia legal y necesaria para la creación de este. Por ello, la política migratoria deviene una política comunitaria.

En la misma línea que el Derecho internacional, el Derecho comunitario ofrece un marco normativo que sanciona la ayuda de la entrada y permanencia

irregular en el territorio de un Estado miembro²⁰⁹. Al contrario de la norma convencional internacional, la normativa comunitaria produce una importante confusión respecto del ámbito subjetivo. No determina, en su tipo básico, la obligada participación de una organización criminal, ni la existencia de un ánimo de lucro y deja en manos de los Estados la posibilidad de sancionar o no la ayuda humanitaria, facilitando así la confusión entre las figuras del traficante y el traficado. A esta propuesta normativa se deben sumar las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (Finlandia, 1999), que construyeron el discurso político y mediático de lucha contra la inmigración irregular y contra el traficante de personas, declarando a este último responsable de la inmigración irregular²¹⁰. El marco normativo comunitario ha construido un régimen sancionador en materia migratoria basado en el mantenimiento y la protección del espacio de libertad, seguridad y justicia²¹¹, y en la protección penal de intereses estatales. La política migratoria comunitaria se fortalece en el objetivo de garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia, a través de un reforzamiento del control de las fronteras exteriores de la Unión Europea.

En el ordenamiento interno español, las reformas del Código de los años 2010 y 2015²¹² relativas a los delitos de tráfico de personas y trata de seres

²⁰⁹ Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares Diario Oficial de las Comunidades Europeas. L328/17. 5.12. 2002. Decisión Marco 2002/946/JAI de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia, irregulares. "Diario Oficial de la Unión Europea número 328 de 05.12.2002.

²¹⁰ Conclusiones de la Presidencia en el Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, en SN 200/99.

²¹¹ Cfr. Directiva 2002/90/CE DEL CONSEJO de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares Diario Oficial de las Comunidades Europeas. L328/17. 5.12. 2002. Decisión Marco (2002/946/JAI) de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia, irregulares. "DOUE" número 328 de 05 de diciembre de 2002.. Cancio Meliá y Maraver recuerdan que: "En los últimos años, la Unión Europea ha mostrado un especial interés en controlar la llegada de inmigrantes y ha instado a los Estados miembros a castigar, incluso penalmente, aquellas conductas que promuevan o favorezcan la inmigración ilegal. Ello ha ido acompañado de un discurso en el que se ha intentado relacionar la lucha contra la inmigración ilegal con la defensa de los intereses de los ciudadanos extranjeros, presentando a los inmigrantes que entran ilegalmente en España como víctimas de las mafias que trafican con personas." CANCIO MELIÁ, M.; MARAVER GÓMEZ, M.; EL Derecho Penal Español ante la inmigración: un estudio político criminal. 31-121 Revista CENIPEC. 25.2006. Enero-diciembre, p 82.

²¹² Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 152, de 23 de junio de 2010. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de

humanos, transponen finalmente el marco normativo comunitario y fundamentan así el bien jurídico protegido ²¹³. En esta línea, el preámbulo de estas normas señala como el bien jurídico cuya protección justifica la reforma es el cumplimiento del Tratado de “Schengen” y más específicamente el espacio de libertad, seguridad y justicia²¹⁴.

Respecto al régimen sancionador aplicable a la entrada irregular en el territorio de un Estado miembro, el Derecho comunitario no realiza aportación alguna. En cambio, resulta relevante acudir a la jurisprudencia comunitaria para analizar las propuestas normativas de Italia y Francia en relación con el régimen sancionador en materia migratoria. Ambos Estados proponen una normativa de extranjería que sanciona penalmente con penas privativas de libertad el incumplimiento de las sanciones administrativas de expulsión o devolución a su territorio. El TJUE considera que la sanción privativa de libertad no es compatible con el objetivo de todo régimen sancionador en materia migratoria: la expulsión o devolución del ciudadano extranjero infractor. Sin embargo, no se pronuncia sobre la pertinencia del régimen sancionador en materia penal cuando no es privativa de libertad. En definitiva, la normativa comunitaria aporta una propuesta

marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE número 77 de 31 de marzo de 2015.

²¹³ Memorias de la fiscalía general del Estado, año 2011. Se puede consultar en <https://www.fiscal.es › documents › MEMFIS11.pdf>. “Solo de manera muy indirecta puede afirmarse que tiene por objetivo el amparo de los derechos de los ciudadanos extranjeros. En realidad el bien jurídico protegido lo constituye el interés del Estado en la defensa de la indemnidad del territorio “Schengen” y el control de los flujos migratorios hasta tal punto, que aunque utilice disyuntivamente los términos tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas, lo que está tipificando con rigurosa gravedad son las conductas previstas en el artículo 1.1, letra a) de la Directiva 2002/90/CE, del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

²¹⁴ Tratado de la Unión Europea. Versión consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea. C 83/4. 30.3.2010. Si bien se trata de valores de claro carácter constitucional, no solo constituyen la base de derechos como la libertad de circulación de los ciudadanos en el seno del “espacio Schengen”, sino que fundamentan la totalidad de las sanciones administrativas de las leyes de extranjería de los Estados miembro. Consideramos relevante resaltar el origen comunitario del último bien jurídico objeto de protección de este tipo penal. La creación de un “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” vertebró el derecho a la libre circulación, pero también justifica la creación del concepto de ciudadanía europea. Toda persona que ostente la nacionalidad de un país de la Unión Europea (UE) es automáticamente ciudadano de la Unión. El principio está consagrado en los tratados de la UE y es un factor fundamental en el desarrollo de una identidad europea. La ciudadanía de la Unión no sustituye a la ciudadanía nacional, sino que se suma a esta y otorga derechos específicos a las personas. Artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Artículo 9 del Tratado de la Unión Europea.

típica del delito de tráfico de personas que busca proteger las políticas comunitarias en la materia y además aporta una descripción confusa del ámbito subjetivo del tipo, que facilita la confusión entre traficante y traficado.

La legislación española en materia migratoria, y, en particular su régimen sancionador, a través de la transposición del ordenamiento comunitario, traslada estas dos problemáticas. Solo la propuesta definitiva del delito de tráfico de personas recogido en el artículo 318bis del Código penal, tras la reforma del año 2015, recoge fielmente la propuesta del legislador comunitario. El tipo básico describe un autor de la ayuda a la entrada irregular, que obra sin ánimo de lucro pero que tampoco tiene motivación humanitaria. Así, el legislador español desecha definitivamente la propuesta de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional que sanciona exclusivamente a los miembros de una organización criminal.

El inmigrante, al incumplir los requisitos de entrada en el país, también atenta contra las políticas migratorias, como bien jurídico protegido, al igual que aquel que le presta ayuda para la consecución de este objetivo. Por ello, el inmigrante también podría ser considerado autor del delito de tráfico de personas del tipo básico del artículo 318bis. Al determinar un ámbito subjetivo que no incluye el ánimo de lucro ni la acción humanitaria, el que realiza la acción de ayuda al inmigrante, puede ser otro inmigrante. Con una descripción tan genérica de la acción típica de ayudar, cualquier otro inmigrante, que acompaña a otro, puede ser considerado autor del delito. De esta forma, para analizar la criminalización de la entrada irregular en el territorio de un tercer país, resulta imprescindible el estudio del tipo penal del delito de tráfico de personas. La propuesta del tipo básico del delito de tráfico de personas difumina aparentemente la diferenciación entre el traficante y el traficado, por lo que la sanción de la entrada irregular y de la ayuda a dicha entrada devienen una sola. Ambas infracciones vulneran el mismo bien jurídico, las políticas migratorias, y presentan autores cuyas acciones típicas resulta difícil diferenciar.

Esta confusión en la autoría del delito enfrenta al traficante y al traficado al mismo bien jurídico protegido en el tipo básico, lo que determina que las

infracciones relativas a la entrada irregular y la ayuda a la entrada deban ser estudiadas conjuntamente. Así el estudio de la progresiva criminalización de la entrada irregular necesita del estudio de la evolución del proceso legislativo relativo a ambas infracciones, así como la interpretación realizada desde la jurisprudencia y la doctrina.

El Derecho internacional de los Derechos Humanos, aprobado en el marco de Naciones Unidas, ha exigido únicamente el respeto del principio de legalidad en la aplicación del régimen sancionador en materia migratoria, y ha expuesto el debate sobre el reconocimiento de derechos para los ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular, sin determinar un posicionamiento definitivo. Así el Constituyente español, acudió al Derecho internacional, en el reconocimiento de derechos de los ciudadanos extranjeros, pero les reconoció aquellos derivados del procedimiento ante la aplicación de un régimen sancionador. Así el primer régimen sancionador se deduce de la primera ley de extranjería aprobada en 1985 y del Código Penal aprobado en 1995. En ese momento, el legislador sanciona no solo la mera entrada irregular sino también todas las acciones de favorecimiento y promoción de la entrada, con el objeto de simular contratos de trabajo, que falseen la relación laboral y determinen la negación de derechos y la explotación laboral. El régimen sancionador en materia migratoria incide en la protección de los derechos laborales de los propios inmigrantes y en general del propio mercado laboral. Presenta las consecuencias de la inmigración irregular en la economía en general y en particular en el propio mercado laboral. Así el inmigrante irregular es presentado como una amenaza al mercado laboral, por cuanto su situación de necesidad le obliga a aceptar determinadas condiciones laborales, por debajo de los estándares legales. De esta forma, se construye el discurso de la competencia desleal del inmigrante irregular, en el mercado laboral, y de la expresión “vienen a quitarnos el trabajo”. El legislador protege así tanto los derechos del propio inmigrante ante la explotación laboral, pero a su vez, al propio mercado laboral, de las consecuencias de la propia explotación laboral, y los bajos salarios que se abonan a los miembros de este colectivo. De esta forma, el régimen sancionador presenta a la inmigración irregular como una

amenaza a la economía española, a su estado del bienestar y a los trabajadores españoles. El discurso político y mediático de aquellos años, presenta la inmigración regular como un elemento favorable a la economía española y el futuro del estado del bien estar, la inmigración irregular constituye una amenaza.

El proceso de comunitarización de la política migratoria española determina no solo la transposición de normativa comunitaria al ordenamiento español, sino también un cambio de perspectiva y enfoque. Así la política migratoria deviene materia de interés de un solo Estado miembro sino también de la propia Unión Europea. La evolución de la propia organización internacional hacia un sujeto político, necesita dotarla de elementos fundamentales de un poder soberano como el reconocimiento de la ciudadanía y de un espacio geográfico en el que ejercerla. De esta forma, el concepto de ciudadanía europea se deduce de los conceptos de ciudadanía de cada uno de los Estados miembro. Aquel que no detenta alguna de esta nacionalidad no es reconocido como ciudadano europeo. No existe por lo tanto una ciudadanía europea otorgada por la propia organización internacional. Los Estados determinan quién detenta en su país o en otro Estado miembro, quién detenta la ciudadanía europea. Así, determina quién debe ser considerado extranjero, y por lo tanto debe ser objeto de una política migratoria europea.

Además, la ciudadanía europea no solo establece derechos a sus beneficiarios, sino que también debe ejercerse sobre un espacio geográfico y político determinado. Por ello, las condiciones de acceso y permanencia en este espacio de aquellos que no detentan la ciudadanía europea deben ser también regulada en una política migratoria europea. De esta forma, se crea el espacio de libertad, seguridad y justicia, como espacio político o geográfico de derechos, que como señalan los tratados fundamentales de la Unión, necesita de la creación de las fronteras exteriores de la Unión Europea, cuya protección no solo corresponde al Estado en cuestión sino al conjunto de la organización internacional. Para la consecución de dicho objetivo, es necesario que una normativa comunitaria regule los requisitos de entrada y determine el régimen sancionador en caso de incumplimiento de estos.

En todo caso, los Estados siguen detentando la potestad de conceder las autorizaciones de residencia y/o trabajo. Los tratados fundamentales incluyen en la política migratoria, el reconocimiento de derechos para aquellos ciudadanos no comunitarios que tengan una autorización de residencia y/o trabajo. Determina así una política migratoria que les iguala en derechos a los ciudadanos comunitarios, salvo en lo referente a derechos políticos tales como el sufragio activo y pasivo. Fomenta así una política migratoria enfocada en la integración de los ciudadanos no comunitarios en situación administrativa regular, reconociendo sus derechos y sancionando la discriminación por origen o nacionalidad.

De forma paralela, como fundamento del régimen sancionador aplicable para la protección de las fronteras exteriores de la Unión, la Unión Europea ha construido un discurso de lucha contra la inmigración irregular, protagonizado y liderado por la figura del traficante de personas.

El eje del régimen sancionador de la política migratoria no es ya la protección del mercado laboral y del estado del bienestar, sino la protección de las propias fronteras exteriores y del espacio de libertad, seguridad y justicia. No se protege ya un sistema económico o un marco de derechos y prestaciones sino un espacio político y jurídico de ciudadanía europea. Las fronteras exteriores de la Unión protegen un opción política y jurídica que diferencia el reconocimiento de derechos y libertades, como la de circulación, según el cumplimiento de los requisitos de entrada y/o permanencia. Se trata, en definitiva, de proteger un espacio de soberanía política creado desde la propia Unión Europea, en su propuesta e intención de fortalecer su perfil político. En definitiva, el objetivo es la protección de un proyecto político.

Para la consecución de este objetivo, la lucha contra la inmigración irregular es vinculada con la figura del traficante de personas, ya que se le responsabiliza de la misma. El protagonismo y el control del traficante de personas sobre los propios flujos migratorios deviene en un nuevo elemento al régimen sancionador. Se añade un nuevo actor al proceso migratorio, además del propio inmigrante y el Estado del país de destino.

El régimen administrativo sancionador es el instrumento jurídico estándar aplicado por el Estado, ante la entrada irregular del propio inmigrante. El régimen sancionador recogido en la legislación de extranjería es un instrumento jurídico que permite al Estado gestionar el volumen de entradas irregulares, por el incumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa.

El régimen sancionador debe regular las consecuencias de las acciones de traficante, con respecto al Estado, por un lado, y con respecto del propio inmigrante por otro. Así, para el Estado la participación del traficante de personas supone un mayor desafío para su política migratoria, ya por su intervención, las entradas irregulares pueden aumentar en número, y en posibilidades de éxito para el inmigrante. La intervención del traficante puede así poner en jaque a los sistemas de vigilancia y control fronterizo del propio Estado, por su mayor capacidad en llevar a cabo una travesía clandestina con éxito. El traficante de personas es vinculado con el crimen organizado, presentándolo como un eslabón de una red criminal. De esta forma, la delincuencia organizada es responsabilizada de los flujos migratorios irregulares. Por ello, el Estado considera que estas organizaciones suponen un desafío a sus políticas migratorias, tanto por el aumento del flujo migratorio irregular, como por los crímenes graves realizados por este tipo de organizaciones. De esta forma, con la participación del crimen organizado internacional, el régimen sancionador hace frente a una actividad delictiva que no se vincula exclusivamente con la materia migratoria.

Por otro lado, la aparición de la figura del traficante de personas y su interacción con el propio inmigrante, tiene relevantes consecuencias en el régimen sancionador. Cabe recordar que el tipo básico del delito de tráfico de personas presenta a su autor como una persona, que no actúa con ánimo de lucro ni que pertenece a ninguna organización criminal. No existe así ningún supuesto de violencia, intimidación o coacción ejercida por el traficante sobre el inmigrante. Estamos ante un supuesto en el que existe una relación de igual a igual, en el que uno ayuda a otro a conseguir su objetivo. Incluso, en los supuestos de una prestación de un servicio a cambio de la ayuda a la entrada,

se trata una de relación e igual a igual en la que no obra ningún tipo de coacción ni violencia. Así, esta descripción típica no cuadra con el relato de un traficante de personas que manipula, somete y controla el flujo migratorio.

Por todo ello, el régimen sancionador en materia migratoria inicia una reforma significativa desde la aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y las libertades de los extranjeros en España con la reforma de los tipos recogidos en el Código penal, incidiendo en su exposición de motivos en la relevancia de la política migratoria comunitaria. Así el análisis del tipo básico del delito de tráfico de personas permite estudiar la relación entre los tres actores y protagonistas del proceso migratorio.

Cuando el discurso político y jurídico responsabiliza al traficante de personas de los flujos migratorios irregulares, y además el tipo básico permite una confusión entre ambas figuras, los riesgos de criminalización de la entrada irregular y de propio inmigrante aumentan.

En este sentido, *Iglesias Skulj* considera que el régimen sancionador se aplica con una lógica actuarial, mediante la cual se pretende *gestionar* las políticas de represión del flujo migratorio, *basadas* en el reforzamiento de las fronteras exteriores. Considera que, de esta forma, el migrante pierda su carácter de sujeto de derecho. Sostiene que la protección penal de las políticas migratorias evidencia la conversión del inmigrante de un sujeto de derechos a un objeto de estas políticas, sometidas a intereses políticos, partidistas y socioeconómicos. Las políticas migratorias se fundamentan así en el análisis de riesgos, costes de oportunidad y cálculos de coste beneficio. De esta forma, el Derecho penal sería un instrumento para “la funcionalidad de los dispositivos de control que el Estado postmoderno utiliza para administrar y gestionar el fenómeno migratorio.”²¹⁵

²¹⁵ IGLESIAS SKULJ, A. “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control.” Universidad de Salamanca. 2009. “Desde una perspectiva político-criminal, nos enfrentamos a una norma carente de legitimidad si admitimos que el bien jurídico del tipo básico del 318 bis CP puede anclarse en la protección de la potestad del Estado de seguir seleccionando, a partir de la exaltación de su ámbito económico e institucional,

2. PROBLEMÁTICAS Y CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS

Tras el estudio de las sucesivas reformas, la doctrina y la jurisprudencia, es relevante analizar si la protección penal de las políticas migratorias puede favorecer o facilitar la criminalización de la entrada irregular en España y por extensión el propio inmigrante. El objetivo es señalar si la regulación actual supone la criminalización de la entrada irregular y del propio inmigrante. Por ello, es relevante estudiar cuales son las consecuencias jurídico-penales de la protección penal de estas políticas y que problemáticas evidencia. De esta forma, valorando las consecuencias y las problemáticas, será posible analizar el alcance real del proceso criminalización efectiva de la entrada irregular. Así, la protección penal de la política migratoria podría ser una puerta de acceso para la sanción penal de la entrada irregular.

Como una de las principales consecuencias de la protección penal de las políticas migratorias se encuentra el proceso de “administrativización” del Derecho penal, el tratamiento de la figura del autor, así como el riesgo permitido y la asunción del riesgo por parte del inmigrante.

La propuesta del delito de tráfico de personas en su tipo básico permite confundir al inmigrante con aquel que le ayuda sin ánimo de lucro. De esta forma, ambos vulneran el mismo bien jurídico, contraviniendo los requisitos de entrada o ayudando a alguien a conseguirlo. Mediante tal confusión, la sanción penal se debería aplicar, al que infringe uno de los requisitos de entrada recogidos en la norma administrativa. El tipo penal del artículo 318 bis CP evidencia la “delgada

quiénes son personas con derechos y quiénes no.” Entre quienes entienden que el tipo base tutela el interés sobre el control de los flujos migratorios pueden citarse: ÁLVAREZ ALVAREZ, G., “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal”, en *El Extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal* (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000.) Manuales de formación continuada. Número 5. Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1999, p 355.

línea roja” entre el Derecho administrativo sancionador y el derecho penal. Por un lado, la existencia de infracciones administrativas con tipificación similar y, por otro, la remisión a la normativa migratoria para determinar ciertos elementos del tipo penal, caracterizan la política criminal en materia migratoria y promueven la confusión normativa.

En esta misma línea, las sucesivas reformas del Código penal y de la legislación de extranjería han ido combinando el uso de los términos “inmigración clandestina”, “tráfico de personas” y “trata de seres humanos”. Los diferentes usos de estos términos en cada régimen sancionador han dificultado su adecuada interpretación y han generado una mayor confusión entre los regímenes sancionadores. En este mismo sentido, se debe analizar la aplicación de la ley penal “en blanco” con remisión a la legislación de extranjería, para considerar si la misma es idónea o inidónea. Desde esta propuesta se desvirtúa la dogmática jurídico-penal, a través del tipo básico del delito de tráfico de personas, al reunir elementos característicos del derecho administrativo sancionador.

Especialmente relevantes son las consecuencias sobre la figura del autor de la acción típica. Este análisis resulta esencial para el estudio de la criminalización de la entrada irregular en España y del propio inmigrante.

Una confusa propuesta sobre el autor de la acción típica, y la protección penal de las políticas migratorias de control de flujos fronterizos, facilita la imputación de este delito al inmigrante irregular y por lo tanto incidir en el proceso de criminalización de la entrada irregular en España. Por ello, la delimitación de la figura del traficante de personas resulta fundamental. Con este objetivo, será necesario el estudio de la organización criminal que puede integrar el traficante de personas, así como de aquel que presta ayuda humanitaria al propio inmigrante, como ejemplos contrapuestos de la participación de un tercero en el proceso migratorio.

El debate doctrinal se ha centrado en el reconocimiento de sus derechos como víctima, y su consideración como bien jurídico protegido por el tipo penal.

A su vez, la propuesta genérica del tipo básico del artículo 318bis ha permitido la criminalización del inmigrante, dificultando su consideración como víctima del delito, consecuencia directa de la sanción penal de la entrada irregular en el territorio de un tercer Estado.

De esta forma, las dudas sobre su reconocimiento como víctima tienen relevantes consecuencias en la valoración del consentimiento del propio inmigrante y su decisión de asumir los riesgos que se producen en el contexto de un proceso migratorio. Por otra parte, cabe valorar si el propio inmigrante se puede encontrar en un supuesto de estado de necesidad que, como causa de justificación penal, constituya una excepción a la “antijuridicidad” penal. Si del delito de tráfico de personas se deduce que su bien jurídico objeto de protección son las políticas migratorias de los Estados, solo se podrá establecer una situación de estado de necesidad cuando la protección de otros bienes jurídicos de carácter individual deba ser prioritaria respecto a los bienes jurídicos estatales.

En todo caso, y pese a que los bienes jurídicos individuales del inmigrante no sean objeto de protección penal en el delito de tráfico de personas, él mismo puede ser víctima de otros delitos tipificados en el Código penal.

2.1. “Administrativización” del Derecho penal de las migraciones

2.1.1. Delimitación normativa entre los regímenes sancionadores

El régimen sancionador en materia migratoria acude tanto al régimen administrativo sancionador como al régimen penal, pues si bien, son diferentes entre sí, también se complementan. Aunque si ambos regímenes sancionadores protegen un mismo bien jurídico, su diferenciación deviene más compleja.

Como se ha señalado anteriormente, el tipo básico del delito de tráfico de personas permite la sanción del propio inmigrante y del que le presta ayuda sin ánimo de lucro, pues ambos vulneran la política migratoria de control de flujos migratorios²¹⁶. En cambio, el artículo 54.1.b) de la ley de extranjería sanciona al autor de la inducción, promoción y favorecimiento de la entrada irregular que actúa con ánimo de lucro y pertenece a una organización criminal²¹⁷. El régimen sancionador en materia migratoria sanciona la ayuda a la entrada irregular tanto por la vía penal como por la administrativa. Por lo tanto, sería exigible que, según las características de cada régimen sancionador, ambas infracciones sancionen comportamientos diferentes pero complementarios.

La última reforma del Código penal recoge en su artículo 318bis, un tipo penal básico cuyo hecho típico ya no requiere de la participación de una organización con ánimo de lucro y que, además, simplifica la definición de la acción recurriendo solo al término “ayudar”. La infracción descrita en el artículo 54.1.b) LOEX, establece un tipo que recoge la existencia de ánimo de lucro por parte del autor, estableciendo una acción típica de mayor gravedad.

En virtud del principio “*ne bis in idem*” y dada la preeminencia del Derecho penal frente al Derecho administrativo sancionador, el art. 54.1 b) no puede ser aplicado. No existe, ni un solo supuesto en el cual se produzca la aplicación de la infracción administrativa. *Daunis* considera que es imposible diferenciar entre ambas sanciones, pues siempre que concurren, deberá apreciarse la de carácter penal.²¹⁸ La infracción del artículo 54.1.b) LOEX recoge una mayor afectación del

²¹⁶ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE número 77 de 31 de marzo de 2015.

²¹⁷ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE número 10 de 12/01/2000.

²¹⁸ DAUNIS RODRIGUEZ, A., “El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria”. Editorial Comares. Granada 2009, pp 248-249. Cuando la sanción administrativa no es aplicada, tendrá preferencia el procedimiento penal como se pone de manifiesto en la Circular 1/2002 de aspectos civiles, penales y contencioso administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería: “Evidentemente en los casos en que la conducta del extranjero por la que se haya incoado el procedimiento administrativo sancionador pueda ser constitutivo de delito, la preferencia del procedimiento penal es indiscutible. Si los hechos presentan características de infracción penal, procede, por tanto, la paralización del procedimiento administrativo en tanto se sustancia el procedimiento penal.”

bien jurídico en cuanto exige que el autor tenga ánimo de lucro. En cambio, el delito del artículo 318 bis CP sanciona una afectación menos grave del bien jurídico, ya que es una conducta menos reprochable por no actuar con ánimo de lucro. La posibilidad de delimitar el ámbito de aplicación de la infracción administrativa y de la infracción penal, solo se daría, si se pudiera entender que protegen bienes o intereses diferentes. En la infracción administrativa del artículo 54.1.b) LOEX, la doctrina cataloga el bien jurídico protegido como la política migratoria de control de flujos migratorios²¹⁹.

Algunos autores proponen establecer la diferenciación desde un punto de vista material, tomando como referencia los bienes jurídicos protegidos en cada norma. Justifican esta diferenciación, argumentando que el artículo 318 bis CP está destinado a sancionar aquellos actos de tráfico ilegal que afectan la dignidad del extranjero, mientras que el artículo 54.1.b de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sanciona los actos de inmigración clandestina que afectan el interés estatal de regular los flujos migratorios, quedando, así como un instrumento de control y represión de estos.²²⁰

En este mismo sentido, cómo se ha visto en el capítulo anterior, el Tribunal Supremo destaca, a través de la Sentencia del 646/2015, de 20 de octubre, señala que existe una total asimilación entre ambos regímenes sancionadores,

²¹⁹ PADILLA ALBA, H., "El delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003 de 29 de septiembre", en Revista La Ley Penal número 14, p 78. Ver LÓPEZ FANDO RAYNAUD, F. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV, 2003, p 546.

²²⁰ PADILLA ALBA, H., "El Delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre", en revista La Ley Penal, número 14, página 6. LÓPEZ-FANDO RAYNAUD, F., Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros, en Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-2003, p 546. CANCIO MELIÁ, M.; MARAVER GÓMEZ, M., "El Derecho Penal Español ante la inmigración: un estudio político criminal", 31-121 Revista CENIPEC. 25.2006. Enero-diciembre, p 62. No comparten esta propuesta ya que consideran que "Lo criticable de esa solución es que parte de la idea de que lo protegido por la norma administrativa y lo protegido por la norma penal son cosas completamente diferentes. Si se reconociera, en cambio, que la diferencia únicamente puede ser gradual en atención a la mayor afección del bien jurídico en el delito del art. 318 bis CP, no podría llegar a aplicarse el art. 54.1 b LO 4/2000, pues sería difícil justificar la menor gravedad de la infracción administrativa respecto de la infracción penal, ya que la infracción administrativa requiere que la conducta se realice formando parte de una organización con ánimo de lucro. Al fin y al cabo, el mayor grado de afección del bien jurídico exigido en el delito del art. 318 bis CP no parece que pueda compensar el desvalor que implica realizar la conducta formando parte de una organización con ánimo de lucro... Es necesario reconocer que el art. 54.1 b LO 4/ 2000, tal y como está redactado, no puede diferenciarse claramente del delito del art. 318 bis CP y, por tanto, no tiene ninguna posibilidad de ser aplicado."

puesto que existen comportamientos, que integran una infracción administrativa de menor entidad, y que por lo tanto no revisten la gravedad necesaria para alcanzar relevancia penal. El TS considera que, para alcanzar esta relevancia, la infracción de la norma tiene que ser determinante del modo en que se burlan los controles legales, para posibilitar la entrada, el tránsito o la permanencia irregular.

La confusión entre el tipo penal del artículo 318 bis CP y la infracción del artículo 54 de la LOEX, evidencia la difícil delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. De hecho, se puede observar que respecto a la conducta típica se produce una considerable ampliación, ya que además de contemplar la posibilidad de realizar la conducta directa o indirectamente, se castiga también a quienes favorecen la inmigración clandestina, equiparando, por lo tanto, el tráfico ilegal de personas con la inmigración clandestina. Tal equiparación, desde el punto de vista de *Sainz-Cantero Caparrós*²²¹, es “especialmente distorsionante”, y provoca, de forma expresa, una absoluta identificación de los ámbitos sancionadores penal y administrativo en lo que se refiere a la promoción de la inmigración clandestina. Para *Daunis* es imposible diferenciar ambas sanciones y sostiene que siempre que concurra el artículo 318bis CP, con el artículo 54.1.b) LOEX, deberá apreciarse el primero, fundamentalmente por tres razones: la primera, porque al exigir el tipo penal el ánimo de lucro, propone una conducta más amplia que absorbe la contenida en el artículo 54.1.b); la segunda, porque ante la concurrencia de normas tiene preferencia la norma penal y la tercera, porque la infracción administrativa prevé su aplicación “siempre que el hecho no constituya delito”²²². Además, *Cancio Meliá* y *Maraver Gómez* consideran que, según el principio de “*última ratio*”, debe interpretarse el art. 318 bis CP de manera que

²²¹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en: Mateu Carbonel, J.C y otros (Coords.) Estudios penales en homenaje al profesor Cobo Del Rosal. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 798 ss. Desde la misma perspectiva crítica; Pérez Alonso, J. E., Mayor Zaragoza, F., “Tráfico de personas e inmigración clandestina”, Editorial Tirant Lo Blanch, Colección Monografías. Primera edición. Valencia 2008. p. 252.

²²² DAUNIS RODRÍGUEZ, A. “El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria”. Editorial Comares. Granada 2009, p 250.

sea necesario que la conducta delictiva revista una mayor gravedad, principalmente en atención al grado de afección del bien jurídico protegido, o bien, se podría considerar que, en virtud del principio “*ne bis in idem*,” y dada la preeminencia del derecho penal frente al derecho administrativo sancionador, el art. 54.1 b) LO 4/2000 carece de toda posibilidad de aplicación.²²³

En todo caso, señalan que la diferenciación únicamente puede ser gradual en atención a la mayor afección del bien jurídico en el delito del art. 318 bis CP, pues sería difícil justificar la menor gravedad de la infracción administrativa respecto de la infracción penal, ya que la infracción administrativa requiere que la conducta se realice formando parte de una organización con ánimo de lucro. Al fin y al cabo, el mayor grado de afección del bien jurídico exigido en el delito del art. 318 bis CP no parece que pueda compensar el desvalor que implica realizar la conducta formando parte de una organización con ánimo de lucro. Es necesario reconocer que el art. 54.1 b LO 4/ 2000, tal y como está redactado, no puede diferenciarse claramente del delito del art. 318 bis CP y, por tanto, no tiene ninguna posibilidad de ser aplicado.

El régimen sancionador penal se habría impuesto, por lo tanto, sobre la infracción administrativa, como instrumento jurídico de control y represión de la ayuda a la entrada irregular. Ofrece al Estado, la posibilidad de sancionar penalmente un mayor número de supuestos, ante una descripción típica del autor tan poco precisa y laxa, lo que, como ya se ha reseñado facilita y permite el proceso de criminalización de la entrada irregular en España.

2.1.2. Confusión conceptual entre la inmigración clandestina y el tráfico de personas: consecuencias

²²³ CANCIO MELIÁ, M.; MARAVER GÓMEZ, M., “El Derecho Penal Español ante la inmigración: un estudio político criminal”, 31-121 Revista CENIPEC. 25.2006. Enero-diciembre, p 62.

En el intento por diferenciar ambos regímenes sancionadores, es necesario aclarar también la acción típica y la definición de conceptos relevantes para el tipo penal, tales como el de tráfico ilegal y el de la inmigración clandestina, pues no tiene la misma significación jurídica y sus diferencias resultan relevantes para la realización de nuestro objetivo.

Como se ha señalado, los elementos típicos, tráfico ilegal e inmigración clandestina, con independencia de la posible coincidencia entre ambos, no tienen la misma significación jurídica. Por tráfico ilegal se entiende, cualquier movimiento de personas extranjeras que contravenga la legislación española sobre inmigración. De acuerdo con los presupuestos típicos de este delito, la jurisprudencia del Tribunal Supremo recuerda que hasta ahora se ha entendido por tráfico ilegal, cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración ²²⁴. De tal forma, la entrada en España, en calidad de turista, con la finalidad de permanecer de forma ilegal, sin intención de regularizar la situación, podría ser entendida como tráfico ilegal. De modo que el tráfico ilegal no es solo el clandestino, sino también el que, siendo en principio y aparentemente lícito, se hace sin respetar la legalidad. Así, la entrada en el territorio podría realizarse respetando los requisitos de entrada en el territorio, pero con la finalidad última de subvertir la legislación de extranjería y por supuesto, realizando dicha ayuda con ánimo de lucro.

Laurenzo Copello evidencia la dualidad de significados del término tráfico de personas. Entiende necesario realizar una interpretación teleológica que lo identifique con “las operaciones de intermediación en el movimiento de extranjeros”, donde lo relevante no es el desplazamiento ilegal en sí, sino el “hecho de que sean reducidos a la condición de objeto de trato o mercancía”²²⁵. La autora busca justificar la protección penal de los derechos de los inmigrantes irregulares acudiendo a una acepción de tráfico que se acerca más a la “cosificación” del inmigrante irregular y no tanto al traslado físico. Esta

²²⁴ STS, Sala 2ª, 605/2007, número de recurso 11251/2006, de 26 de junio de 2007.

²²⁵ LAURENZO COPELLO, P., “El modelo de protección penal de los inmigrantes, de víctimas a excluidos”, en Cancio Meliá, M. / Pozuelo Pérez, L. (coords.), Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada, Thomson/Civitas. 2008, p 226.

propuesta podría ser la respuesta al esfuerzo de la doctrina por establecer una diferenciación respecto de la inmigración clandestina para así justificar la existencia de dos regímenes sancionadores complementarios.

En cambio, la inmigración clandestina puede ser considerada como una burla subrepticia de los controles legales de inmigración, fuera de cualquier autorización administrativa. La clandestinidad no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados para tal efecto, sino que se refiere a cualquier entrada que utilice fórmulas autorizadas de ingreso transitorio en el país con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones.

Daunis Rodríguez mantiene que la inmigración clandestina puede definirse como cualquier acceso de un extranjero a un país diferente al suyo, que se realiza de forma clandestina, en el sentido de secreto, oculto o subrepticio; o bien de manera ilegal, al no cumplir las exigencias legales dispuestas en la normativa correspondiente. En este supuesto, por lo tanto, lo relevante es la consecución de la entrada y/o permanencia en España, incumpliendo los requisitos establecidos en la normativa comunitaria, evitando todos los controles fronterizos.

La reforma aprobada mediante la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, frustra la voluntad de diferenciar ambos regímenes, pues el legislador no distingue entre los términos tráfico ilegal e inmigración clandestina, sino que los usa como sinónimos y utiliza la conjunción “o” para referirse a la promoción del desplazamiento de extranjeros en situación administrativa irregular²²⁶. En consecuencia, ambos términos se refieren solo a la ilegalidad o irregularidad que supone acceder al país sin cumplir los requisitos que exige la legislación de extranjería para dicho acceso. Promueve, por lo tanto, la confusión de estas dos acepciones presentes en la infracción y en el tipo penal. La única

²²⁶ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. BOE número 234 de 30 de septiembre de 2003.

forma de diferenciar ambas acepciones y ambos regímenes sancionadores sería acudir a la propuesta de autores como *Laurenzo Copello*, y *Daunis Rodríguez* que justifican la diferencia en la mercantilización de la voluntad del inmigrante y su “cosificación”, a través del tráfico de personas.²²⁷

Daunis Rodríguez añade que, pese a la claridad de las definiciones propuestas por las Naciones Unidas, a través de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, su adaptación por parte de nuestro ordenamiento interno no ha sido satisfactoria y se observa un “importante galimatías terminológico”. La norma internacional realiza una propuesta de definición del tráfico ilícito que incide en el ánimo de lucro del traficante, dejando en manos del Estado la determinación de la irregularidad de un extranjero en su territorio. El autor lamenta que el legislador no haya sido capaz de adaptar correctamente la normativa internacional y que proponga una regulación híbrida que confunde los términos inmigración y tráfico. De esta forma, la confusión entre ambos conceptos dificulta la diferenciación entre regímenes administrativos, pero también entre la infracción relativa a la entrada irregular y la ayuda a la misma.

La última reforma del año 2015 del tipo penal del artículo 318bis, neutraliza la confusión terminológica en cuanto elimina del tipo, los conceptos de inmigración clandestina y tráfico de personas. El legislador acude a las fuentes del Derecho comunitario para sancionar finalmente la ayuda a la entrada y tránsito en el territorio español en contravención de la legislación de extranjería. La acepción de ayuda a la inmigración ilegal mantiene, en el ámbito del derecho penal europeo, y ahora también, en el interno, un marco punitivo menos riguroso²²⁸.

²²⁷ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. “El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria”, Editorial Comares. Granada 2009, p 121.

²²⁸ Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares Diario Oficial de las Comunidades Europeas. L 328/17. 5.12. 2002. Decisión Marco 2002/946/JAI de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia, irregulares. “Diario Oficial de la Unión Europea”, número 328 de 05.12.2002.

Si bien la confusión terminológica quedó aclarada, la propuesta del tipo básico del artículo 318 bis CP, sigue dificultando la diferenciación entre ambos regímenes sancionadores. Además, el uso del verbo ayudar, en la descripción de la acción típica, facilita también la sanción de aquella que se presta de forma desinteresada. Se ha pasado así de una propuesta que incidía en el ánimo de lucro y en la “cosificación” a otro que sanciona todo tipo ayuda, a excepción de la que tenga carácter humanitario. La protección penal de la política migratoria presenta una sanción que expande su descripción típica a prácticamente cualquier tipo de colaboración o relación con el inmigrante que efectúa una entrada irregular.

2.1.3. Delito de tráfico de personas: ¿una ley penal en blanco?

Sin duda, otro de los principales elementos del proceso de “administrativización” del derecho penal de las migraciones, se representa a través de la figura de la ley penal en blanco. De esta forma, se realiza una remisión a una norma de Derecho administrativo, como es en este caso la legislación de extranjería. El hecho de que el migrante entre en España contraviniendo la legislación de extranjería, es determinante para que la acción de ayuda del traficante sea típica.

Es necesario analizar si la técnica de remisión ha sido utilizada adecuadamente y establecer así, la influencia de la legislación de extranjería sobre el tipo penal del tráfico de personas. De esta forma, es posible evidenciar hasta qué punto está sometida la política criminal en materia migratoria al régimen sancionador de extranjería, en la determinación de elementos esenciales del tipo.

La LOEX en España regula los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en España, así como los principales tipos de visados y

autorizaciones de residencia y/o trabajo junto a las principales infracciones y sanciones administrativas²²⁹.

Su artículo 25 señala que la entrada en España debe hacerse por puestos habilitados al efecto en los que se *“deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente, que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes”*.

Con esta cláusula, el artículo delega en la normativa de carácter administrativo, la precisa determinación de los requisitos de entrada. El contenido material de los requisitos se regula en el Real Decreto que desarrolla la LOEX²³⁰.

Los artículos 4 y 8 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, recogen los requisitos de entrada en España, a través de un puesto fronterizo autorizado. Señala la necesidad de presentar la documentación identificativa correspondiente, los medios económicos necesarios para su sustento durante todo el periodo de estancia, así como cualquier documentación que justifique su viaje por motivos turísticos o profesionales. En última estancia, la documentación requerida para entrar en España se encuentra regulada en dos Órdenes Ministeriales que establecen, por un lado, el valor de los medios económicos que deberán acreditar los extranjeros extracomunitarios que quieran entrar sin necesidad de visado en España por un periodo no superior a los noventa días, y por otro, las características de la carta de invitación que deberá presentar en el momento de la entrada²³¹. Estos requisitos deberán ser cumplimentados por aquellos extranjeros, nacionales de países que no necesitan visado Schengen

²²⁹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE número 10 de 12/01/2000, fue reformada por la Ley Orgánica 8/2000, así como posteriormente por la LO 14/2003.

²³⁰ Artículo 4 y siguientes. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE núm. 103 de 30 de abril de 2011. El artículo refiere de forma genérica, la necesidad de presentar pasaporte, visado, si fuera necesario, justificación del objeto y condiciones de entrada, así como medios económicos o certificados médicos, si fuera necesario.

²³¹ Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo, sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España, «BOE» núm. 113, de 11 de mayo de 2007.

para acceder al espacio de libertad, seguridad y justicia. De esta forma, en la práctica administrativa en materia de extranjería, la determinación del importe exacto de medios económicos que tiene que aportar el interesado o los documentos que tiene que presentar su familiar o amigo ante la Policía Nacional para poder obtener la carta de invitación, son criterios relevantes para definir el éxito del extranjero en su intención de entrar en el territorio. El aumento del importe de dinero exigido o la necesidad de presentación de documentación adicional, a través de alguna modificación en la Orden Ministerial que lo regula, puede provocar de facto que un intento de entrada en territorio pueda ser considerado irregular y, por lo tanto, se modificarían de facto los elementos del tipo objetivo del artículo 318 bis CP.

En consecuencia, el endurecimiento o la flexibilización de los requisitos de entrada en España en los términos que determinen el Real Decreto o las Órdenes Ministeriales, anteriormente citadas, establecerá finalmente si la acción de “ayuda” por parte del traficante de personas resulta típica o atípica. La aplicación final del tipo queda a disposición de una norma administrativa que recoge el tipo de acción en la que el traficante de personas ha prestado ayuda. Al haberse eliminado los conceptos de tráfico de personas e inmigración clandestina del tipo penal, la ayuda solo será punible cuando se vulneren los requisitos de entrada recogidos en la legislación de extranjería. En todo caso, en base al principio de reserva de ley penal como garantía del principio de legalidad, corresponde a la norma penal recoger esos elementos esenciales del tipo.

Esta técnica legislativa es pertinente en el supuesto del tipo del delito de tráfico de personas, por la remisión al incumplimiento de los requisitos de entrada. Si bien la ley de extranjería también es objeto de regulación por parte de legislador, la remisión directa a normativa administrativa de carácter reglamentario permite una intervención directa del poder ejecutivo en la aplicación de esa misma ley. Si el ejecutivo endurece los requisitos de entrada por vía administrativa, la propuesta típica sancionaría un mayor número de supuestos de ayuda a la entrada.

Desde una perspectiva de legalidad, la técnica de las normas penales en blanco depende, en gran medida, de que la remisión realizada por el precepto punitivo sea lo más parcial y limitada posible. El Tribunal Constitucional reclama que la norma penal conserve la delimitación del núcleo esencial de la conducta prohibida, mientras que la norma administrativa solo debe regular aspectos secundarios. Considera que la remisión debe realizarse cuando sea imprescindible por razón de materia, debe ser expresa y clara y quedará justificada cuando su objetivo sea la protección de un bien jurídico relevante. Por ello, resulta pertinente analizar si la remisión a la norma administrativa, en esta norma penal en blanco resulta compatible con el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional²³².

De acuerdo con el tipo penal, en este supuesto la ayuda se presta con el objetivo de facilitar la entrada en España, describiendo así el elemento “físico” de la acción, pero remitiendo a una norma administrativa para delimitar las acciones que tienen relevancia legal²³³. No todas las acciones de ayuda ni todos los tipos de entrada y tránsito por España, tienen relevancia penal. Solo la tienen aquellas que infringen los requisitos de entrada recogidos en la legislación de extranjería.²³⁴

El Tribunal Supremo presenta un interesante caso de estudio relativo a la regulación y situación administrativa de los ciudadanos europeos en España y a las consecuencias penales de su modificación. En el supuesto de hecho, el Tribunal Supremo busca aplicar el artículo 318bis a unos ciudadanos de origen rumano y búlgaro como autores de este delito, tras la entrada de sus respectivos Estados en el seno de la Unión Europea y pese a la existencia de una salvaguarda impuesta en el territorio del Estado español que atrasa el

²³² STC111/1993, de 25 de marzo, BOE núm. 100, de 27 de abril de 1993

²³³ MUÑOZ CONDE, F., García Arán, M., “Derecho Penal, parte general”, Tirant Lo Blanch, 10ª edición, Valencia 2019, P 113. MIR PUIG, S., “Derecho Penal: parte general”, 10ª edición, Dykinson, Madrid, 2015, p 66.

²³⁴ Se puede pensar que la ayuda del traficante no se produciría si el inmigrante cumpliera con los requisitos para entrar regularmente en España, pero la duda permanece en los supuestos en los que el propio inmigrante cree equivocadamente que no cumple los requisitos de entrada y acude al traficante en busca de ayuda.

reconocimiento de la libertad de circulación de trabajadores de estos países, aprobada en Consejo de ministros²³⁵. Concluye señalando que la realización del tipo penal exige una agresión de los derechos de los ciudadanos y un incumplimiento de la normativa de extranjería, lo que no se produce en el supuesto de los ciudadanos de Estados miembro de la Unión, aun cuando se haya integrado recientemente.

La sentencia señala que un acuerdo del Consejo de ministros, que prorroga la aplicación del régimen comunitario de extranjería para los ciudadanos de estos países, no puede incidir en el tipo penal del artículo 318 bis CP a través de una salvaguarda que limita los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea. Una norma administrativa de carácter reglamentario no puede modificar, de facto, una norma penal de carácter orgánico. En conclusión, el Tribunal Supremo considera que la aprobación de la libre circulación en el seno de la Unión Europea de los ciudadanos rumanos y búlgaros, a través de los tratados que concluyen en la adhesión de sus Estados a la Unión Europea, determina la atipicidad del artículo 318bis para el supuesto de los ciudadanos de estos países. Señala que el tipo no puede remitir a una norma administrativa, como la legislación de extranjería, en los supuestos en los que pueda ser modificada por un acuerdo del Consejo de ministros de España, por vía reglamentaria²³⁶. En este sentido, el acuerdo no jurisdiccional de la sala de lo

²³⁵ STS, Sala 2ª, 76/2008, número de recurso 1372/2007, 5 de febrero de 2008. Acuerdo del Consejo de ministros de España de 22 de diciembre de 2006, por el que se dispuso un período transitorio establecido en el Tratado de adhesión de Rumanía a la Unión Europea, BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2006. La jurisprudencia de la Sala sostiene la tipicidad del art. 318 bis sobre el hecho del incumplimiento de la normativa de extranjería y sobre la necesidad de que se produzca una agresión de los derechos de los ciudadanos, que han de ser perturbados. Esta doble exigencia típica no concurre con relación a los ciudadanos, de los países recién integrados a la Unión. El Tratado de adhesión de Rumanía y Bulgaria consagra la libre circulación de personas sin que la cláusula de salvaguarda les afecte, pues sólo se refiere a trabajadores por cuenta ajena, no a ciudadanos. Por lo tanto, la entrada es libre y no está sometida a condición o requisito administrativo. En lo relativo a la exigencia de una agresión a los derechos de los ciudadanos, se exige una afectación negativa relevante, actual o probable, de los derechos del ciudadano extranjero. Tratado de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía, Diario Oficial L 157 de 21.6.2005.

²³⁶ Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo, sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España, «BOE» núm. 113, de 11 de mayo de 2007. Orden PRE/1283/2007, de 10 de mayo, por la que se establecen los términos y requisitos para la expedición de la carta de invitación de particulares a favor de extranjeros que pretendan acceder al territorio nacional por motivos de carácter turístico o privado, «BOE» núm. 113, de 11 de mayo de 2007.

Penal del Tribunal Supremo determina que las conductas que favorezcan o promuevan la entrada de ciudadanos rumanos en España, incluso para el ejercicio de la prostitución, no son sancionables al amparo del artículo 318 bis CP²³⁷.

En definitiva, la jurisprudencia establece límites en la aplicación de la ley penal en blanco, que afectan al régimen sancionador en materia migratoria. La aplicación de la norma penal en blanco, en el tipo del delito de tráfico de personas, exige la reserva de ley administrativa en la determinación de los requisitos de entrada en España. Por lo tanto, quedarían también en manos del legislador a través de la propia ley de extranjería. En cambio, la remisión de esta ley a una regulación reglamentaria deja en manos del poder ejecutivo, la determinación de los requisitos de entrada. Para una correcta aplicación de la ley penal en blanco en el tipo del artículo 318bis, sería necesario que el artículo 25 de la ley extranjería regulase los requisitos de entrada en España de una forma más completa y no remitiese a una regulación reglamentaria.

El tipo del delito de tráfico de personas no respeta la reserva de ley administrativa, ni por extensión la reserva de ley penal, tal y como exige la jurisprudencia y, por lo tanto, permite que su aplicación quede en manos del poder ejecutivo a través de su dirección de la política migratoria. De esta forma, en el tipo básico del delito de tráfico de personas, la flexibilización o endurecimiento de los requisitos de entrada por parte del poder ejecutivo, permitiría al mismo, modular la aplicación del tipo penal básico que protege la política migratoria estatal.

²³⁷ Acuerdos del pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. 2000-2012, Sala de los Penal, Gabinete técnico. Actualizado a marzo de 2013. Página 33.

2.2. Consecuencias de la protección penal de la política migratoria en el ámbito subjetivo en el delito de tráfico de personas

Ante la protección penal de las políticas migratorias a través del tipo básico del delito de tráfico de personas, resulta relevante determinar qué autor lesiona o pone en riesgo este bien jurídico. Se evidenciaría así cuál es para el Estado, la principal amenaza para la gestión de su política migratoria. Tres son los actores participes en el proceso migratorio. El inmigrante es, sin duda, el protagonista de su propio proceso migratorio, en cuanto solo él, conoce la motivación y las circunstancias de su proceso personal y del trayecto. La figura del inmigrante se convierte así en el centro del debate político y doctrinal de este tipo penal y del régimen sancionador en materia migratoria. A su vez, aquel que le presta algún tipo de ayuda durante el proceso, puede tener mucha relevancia en el proceso según su relación con el propio inmigrante y su grado de participación en el proceso migratorio. Por ello, debe ser objeto de estudio, si la intervención de cada uno de estos actores puede determinar la lesión o la puesta en peligro de este bien jurídico.

2.2.1. Delimitación de la figura del traficante de personas

La tipificación de la ayuda a un tercero en su intento de entrar irregularmente en España define o caracteriza a aquel que realiza la misma. Cuando el legislador español adopta la propuesta de la Convención, respecto de la acción típica de “ayuda a un tercero”, parece haber configurado un concepto unitario de autor, en cuya virtud, se eleva a la categoría de autoría cualquier conducta que pueda suponer una participación causal en los actos de tráfico de personas²³⁸. Intenta, de esta forma, asegurar la incriminación de todos los

²³⁸ RODRIGUEZ MONTAÑES, T., “Ley de Extranjería y Derecho Penal”, La Ley: RJEDJB La Ley, número 2, 2001.p 67

“eslabones de la cadena de tráfico”²³⁹. Un concepto unitario de autor ignora los niveles de gravedad de las conductas y las sanciones proporcionales sobre las mismas. Se confunden los diferentes grados de participación en la acción típica²⁴⁰. No cabe en el tipo ninguna forma de participación, o bien, la conducta es considerada como autoría o bien queda impune. En todo caso, no deberán ser castigadas conductas que, aun suponiendo una ayuda al inmigrante irregular, no tienen relevancia directa en la consecución del acceso irregular del extranjero en el país, si el acceso o tránsito a otro territorio pertenece finalmente al propio migrante²⁴¹. No deben ser punibles, por lo tanto, actos que no supongan una contribución real a la entrada, por su consecuencia inocua sobre la misma. Los intentos de entrada irregular se realizan con frecuencia por parte de un grupo de personas. Por ello, resulta difícil encontrar una acción de ayuda que pueda realizarse en beneficio de un tercero, pero no en el propio. Incluso, en muchos supuestos, el traficante de personas que realiza la acción típica también tiene por propósito entrar de forma irregular y permanecer en España, y por lo tanto las acciones realizadas, no solo se harían en beneficio de un tercero, sino también en el propio.

Es relevante acudir a un ejemplo tan representativo como las travesías marítimas, en las que cabe la posibilidad de que alguno de los viajeros sea el traficante de personas, en los términos del tipo penal. En estos supuestos, se producen situaciones en las que el inmigrante puede realizar acciones como el manejo de una embarcación, que se esperaría que realizase el propio traficante. La necesidad de diferenciar las figuras y los roles de los traficantes y los traficados se produce cuando las autoridades policiales y judiciales consideran que entre los migrantes que han realizado una travesía marítima se encuentra

²³⁹ LAURENZO COPELLO, P. Última reformas en el Derecho Penal de extranjeros, JpD, número 50. 2004, p 32.

²⁴⁰ PÉREZ CEPEDA, A.I., “Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal”, Comares 2004, p 209.

²⁴¹ RODRIGUEZ MESA, MJ., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, p 86. STS, Sala 2ª479/2006 número de recurso 1172/2005, de 28 de abril de 2006. Declara impune la conducta de un individuo que facilita al hermano su acceso a España, al ponerle en contacto con el traficante y prestarle el dinero para pagar la operación e incluso acompañarle durante la misma.

un traficante que podría ser objeto de un procedimiento penal. Según las definiciones recogidas en la Convención, solo se podría identificar como traficante aquella persona que obtuviera un lucro económico con dicha entrada o tránsito irregular y además perteneciera a un grupo criminal organizado. De esta forma, la investigación policial y judicial, debería ir enfocada a determinar si alguno de estos viajeros de la travesía, habría organizado el viaje, obteniendo por ello un lucro y además formarse parte de una organización criminal. La diferenciación entre el traficante y el traficado sería más sencilla y clara para los operadores jurídicos, que a través de la delimitación de funciones.

En cambio, según el Código penal español, los operadores policiales y judiciales podrán identificar al presunto traficante de personas, a través de la mera realización de una acción de ayuda a un tercero, para la consecución de la entrada irregular. En el ejemplo de la travesía marítima, solo podría identificarlo como aquel que no tiene como objetivo, la entrada irregular, sino ayudar a un tercero que sí que lo pretende.

Respecto de la determinación del autor en el tipo penal del delito de tráfico de personas, la jurisprudencia se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre los intentos de entrada irregular en el territorio, a través de las travesías marítimas. La jurisprudencia española relativa al delito de tráfico de personas del artículo 318 bis CP, recoge en las sentencias condenatorias relatos de hechos probados que buscan caracterizar al autor del tipo y, por lo tanto, traficante de personas, a partir de las funciones que lleva a cabo. La identificación del traficante suele realizarse, principalmente, a través del testimonio protegido de otros tripulantes de la embarcación o bien a través de la conformidad del propio acusado, para la obtención de una pena inferior. En los supuestos de travesía marítima, algunos de los elementos que distinguen al traficante se refieren a sus funciones de tripulación, a menudo relacionadas con los conocimientos en

navegación marítima, el dominio del GPS, el control sobre el pasaje o sobre el aprovisionamiento de combustible²⁴².

Además, el relato de los hechos probados suele deducir el ánimo de obtener un beneficio patrimonial ilícito a partir de la realización de estas funciones. La determinación de dicho ánimo de lucro es difícilmente deducible de las funciones que realiza el presunto traficante durante el proceso migratorio. Son muchos los supuestos en los que un migrante, a cambio de no pagar al traficante por el tránsito migratorio, acepta ejercer ciertas funciones en el viaje, travesía o tránsito. En este caso, no existiría ánimo de lucro, sino la voluntad de pagar en especie y no con dinero el proceso de tráfico. Este supuesto aportaría aún más confusión a la distinción entre traficante y traficado pues el ánimo de lucro se sustituiría por el ánimo de migrar. La definición del concepto de traficante a partir de las funciones realizadas que sustenta el Código penal y la jurisprudencia lleva a considerar como traficante de personas a muchos de los inmigrantes que, realizando su travesía, son interceptados por agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

En todos estos supuestos relativos a las travesías marítimas, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales condena a los traficantes de personas por el tipo del artículo 318 bis.3. b) CP, por considerar que las condiciones en las que se desarrolla la propia travesía marítima suponen una puesta en peligro de la vida y la integridad física del propio inmigrante. Los fundamentos de derecho de las sentencias inciden la falta de material adecuado para la navegación o las condiciones de la propia embarcación. En este mismo

²⁴² Sentencia de la Audiencia provincial de Las Palmas de Gran Canaria, sección 2. de 26 de noviembre de 2014. Roj: SAP GC 2504/2014-ECLI:ES:APGC:2014:2504 Id Cendoj: 35016370022014100425. Sentencia de la Audiencia provincial de Las Palmas de gran Canaria, sección 1, de 17 de abril de 2013, Roj: SAP GC 923/2013, ECLI:ES:APGC:2013:923, IdCendoj: 35016370012013100149. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 6, de 9 de febrero de 2010. Roj: SAP TF 1965/2010 - ECLI:ES:APTF:2010:1965 Id Cendoj: 38038370022010100330. Sentencia de la Audiencia provincial de Granada, sección 2, de 28 de abril de 2006. Roj: SAP GR 1812/2006 - ECLI:ES:APGR:2006:1812 Id Cendoj: 18087370022006100399. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1, de 15 noviembre de 2004. Roj: SAP CA 1698/2004 - ECLI:ES:APCA:2004:1698 Id Cendoj: 11012370012004100327. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1, de 11 de noviembre de 2009. Roj: SAP TF 3027/2009 - ECLI:ES:APTF:2009:3027 Id Cendoj: 38038370052009100596

sentido, existe también bastante jurisprudencia respecto de los supuestos de entrada irregular, a través del paso fronterizo, en el que el inmigrante se encuentra escondido en el interior de un vehículo, con el objetivo de pasar inadvertido para los agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y subvertir así el control fronterizo. El traficante de personas emplea todo tipo de artimañas y trucos para la consecución de una entrada irregular exitosa²⁴³. En estos supuestos también se aplica el subtipo agravado del artículo 318bis.3.b) CP, al considerarse que el traficante expone la integridad física del inmigrante, por las circunstancias en las que se encuentra para conseguir entrar irregularmente en España. Como ya se ha señalado, existe en estos casos, un alto número de sentencias de conformidad por parte del acusado ante las elevadas penas recogidas en el tipo penal que pueden ir desde los cuatro a los ocho años de privación de libertad. El acuerdo entre la Fiscalía y la defensa letrada del acusado determina que el escrito de acusación pase a constituir el relato de hechos probados de la sentencia y que el esfuerzo probatorio se vea así desplazado, lo que incluye la determinación del ánimo de lucro del traficante.

La jurisprudencia relativa al tipo del delito de tráfico de personas se centra exclusivamente en supuestos de entrada irregular marítima y en la consiguiente aplicación de este subtipo agravado. Resulta significativo que sea complicado encontrar jurisprudencia en la que se aplica exclusivamente el tipo básico del artículo 318bis. La jurisprudencia considera que la entrada irregular, es un proceso peligroso que pone en peligro la vida y la integridad física del propio inmigrante, bajo responsabilidad del propio traficante. Si bien el Tribunal Supremo se pronunció sobre el bien jurídico protegido en el tipo básico, no hay jurisprudencia penal sobre la aplicación desde el mismo. Así el traficante de personas es presentado siempre como el responsable de la puesta en peligro a la que se somete al propio inmigrante, cuando pretende evitar los controles fronterizos. De esta forma, la intervención del traficante es presentada como imprescindible para poder evitar los controles fronterizos.

²⁴³ SAP Melilla, 21/21 de 30 de julio de 2021, Roj: SAP ML 120/2021 - ECLI:ES: APML:2021:120

En cambio, como ya se ha señalado, el tipo básico dificulta la diferenciación entre el traficante y el traficado por cuanto solo les separa la acción de ayuda de uno al otro. Lo que permite evidenciar que tanto uno como otro vulneran realmente el mismo bien jurídico protegido. De esta forma, una de las principales consecuencias de la protección penal de las políticas migratorias, es el riesgo de criminalización, no ya de la ayuda a la entrada irregular sino la propia entrada. De esta forma, el inmigrante infractor de la legislación de extranjería podría devenir en autor de un delito de tráfico de personas. Se trata de una “criminalización” de facto de los inmigrantes irregulares, infractores de la legislación de extranjería.

2.2.2. La organización criminal en el delito de tráfico de personas

El discurso jurídico-político proveniente del marco normativo comunitario en materia migratoria, se ha focalizado en la lucha contra la inmigración irregular y, en especial, contra el traficante de personas. Por ello, resulta necesario definir la figura del traficante de personas y en particular las propias organizaciones criminales organizadas.

Estas organizaciones operan a nivel internacional y se dedican al tráfico ilegal de personas, armas o de sustancias estupefacientes. La lucha contra la delincuencia organizada transnacional requiere de una acción coordinada entre los cuerpos y fuerzas de seguridad de diferentes Estados. Por ello, la comunidad internacional ha aprobado una norma convencional como la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, que establece tipos penales, definiciones comunes, así como compromisos de los Estado para la lucha contra este fenómeno.

La Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional señala que la acción típica solo puede ser realizada por sujetos pertenecientes a una organización criminal. En el artículo 2, la Convención define el grupo criminal como:

“...un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.”

A su vez, define el concepto de grupo estructurado como:

“...un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.”

De acuerdo con la Convención, la pertenencia a un grupo delictivo organizado se determina, principalmente, por la existencia del ánimo de delinquir y de obtener un lucro económico. El tráfico de personas a gran escala demanda una división de tareas cuando se trata de operaciones de cierta complejidad. Las organizaciones criminales están formadas por grupos de personas que se encargan de realizar las distintas fases de la operación. Una acción típica, tan amplia e imprecisa permite la inclusión de todo tipo de acciones realizadas en el seno de la organización criminal. En la propuesta de la Convención, todo aquel que realiza la acción típica, y pertenece a una organización criminal, por ello puede ser considerado como traficante de personas. De esta forma, los criterios de pertenencia al grupo criminal evidenciarán su autoría y su calificación como traficante de personas.

En cambio, en el tipo penal del delito de tráfico de personas del Código Penal español, no todos los autores que realizan el tipo han de pertenecer a una organización criminal. No todo traficante de personas ha de actuar desde el seno de estas organizaciones. El traficante de personas es aquel que presta ayuda a un tercero a entrar en el territorio español, con o sin ánimo de lucro, sin que tenga que pertenecer a ninguna organización. Por ello, las diferencias en el Código penal y la Convención son relevantes, ya que la propuesta típica española, amplía el ámbito subjetivo a más supuestos.

Respecto de la definición de organización criminal, el artículo 570 bis CP determina que debe existir un concierto estable para delinquir que defina un reparto de tareas y funciones. Es imprescindible que el autor cuente con el dominio del hecho, no basta con ayudar al extranjero en su proceso de inmigración a España, mediante una contribución causal. Deberá manejar, dirigir o controlar dicho proceso o, al menos, su contribución al mismo. En esta línea, la jurisprudencia también ha señalado que la organización criminal se caracteriza por la agrupación estable, con ánimo delictivo, de dos personas o más personas, cuya finalidad es cometer delitos, y entre los cuales se produce un reparto de tareas de manera concertada, bajo una dirección y una jerarquía que planifique las actividades de los miembros del grupo²⁴⁴.

A este respecto, *Daunis Rodríguez* considera que es suficiente la existencia de una mínima jerarquía o al menos, una distribución de roles entre los participantes, así como medios técnicos y logísticos idóneos y una cierta estabilidad temporal en la organización de actividades de tráfico de personas, que les permita generar el conocimiento, experiencia y pericia necesarios para perpetrar con éxito los fines delictivos de la organización²⁴⁵. La pertenencia a la organización criminal se determina desde las funciones realizadas. De esta forma, la doctrina ha distinguido los supuestos en los que se produce la participación de una organización criminal, de aquellos que únicamente suponen

²⁴⁴ STS, Sala 2ª 309/2013 de 1 de abril y 855/2013 de 11 de noviembre.

De esta manera su apreciación exige 1º) Pluralidad subjetiva: Agrupación formada por más de dos personas; 2º) Permanencia: con carácter estable o por tiempo indefinido; 3º) Estructura: que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones; 4º) Finalidad criminal: con el fin de cometer delitos, en nuestro caso, de inmigración ilegal. Lo relevante para la concurrencia de estas es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas, con independencia de su calificación como delitos independientes, delitos continuados o delitos sancionados como una sola unidad típica, por ejemplo, en el caso del tráfico de drogas. “, STS, Sala 2ª, 3160/2018, número de recurso 2278/2017, de 12 de septiembre de 2018.

STS, Sala 2ª1306/2003, número de recurso 999/2001, de 6 de octubre de 2003. Esta sentencia es utilizada por la fiscalía general del Estado para delimitar el concepto de organización en su circular 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.

²⁴⁵DAUNIS RORIGUEZ, A., “El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria”. Editorial Comares. Granada 2009, p 142. El autor define la organización criminal como aquella “unión formada tres o más personas, estructurada y mínimamente jerarquizada, con cierta estabilidad en el tiempo y con un plan previamente concertado para conseguir la promoción del tráfico ilegal de personas o la inmigración clandestina de personas.”

una mera colaboración entre varios sujetos, es decir, los actos de codelincuencia. Por todo ello, en la práctica judicial, los fundamentos de derecho de las sentencias exigen la prueba del concierto y el ánimo delictivos, para demostrar la participación de una organización criminal.

2.2.3. Tratamiento de la ayuda humanitaria

En el proceso migratorio, más allá de las figuras del traficante y del traficado, resulta significativa la de aquella persona u organización que no tiene finalidad criminal, sino que, por el contrario, tiene por objeto la ayuda humanitaria y desinteresada al inmigrante, debido a sus valores y principios. En toda democracia, y ante la importante presencia e influencia de la sociedad civil, esta figura requiere, sin duda, de algún tipo de regulación o protección. La organización humanitaria que presta ayuda desinteresada a los inmigrantes en situación de tránsito migratorio supone una afrenta al discurso político y mediático que vincula la inmigración irregular exclusivamente con la delincuencia organizada transnacional a través de la figura del traficante de personas. Muestra, en cambio, a un inmigrante dueño de su propio proceso migratorio, al que presta ayuda una organización humanitaria o un particular, con el objeto de prestarle ayuda ante el control fronterizo por parte de los agentes del Estado. Por ello, resulta relevante estudiar el concepto de ayuda humanitaria, su regulación en el ordenamiento comunitario, así como en el español y también la especificidad del salvamento marítimo en alta mar.

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha definido la ayuda humanitaria como aquella que tiene por finalidad salvar vidas y aliviar el sufrimiento, valorando exclusivamente la situación de necesidad. Aunque curiosamente excluye de la definición los supuestos de inmigración

económica²⁴⁶. Según el Derecho internacional, la ayuda humanitaria es una forma de auxilio o colaboración solidaria enfocada exclusivamente a proteger a aquellas personas desplazadas cuya vida o salud se encuentra amenazada por un desastre, catástrofe natural o conflicto armado.

La Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, no hace referencia de forma precisa a los supuestos de ayuda humanitaria, pero en su artículo 3, sobre el delito de tráfico de personas, señala que solo serán punibles aquellos supuestos en los que el presunto autor ha actuado con ánimo de lucro²⁴⁷. De esta forma, se puede interpretar que todos los supuestos en los que no se produzca el ánimo de lucro, incluido en el que obra la motivación humanitaria, no serán punibles. Esta propuesta resulta interesante y definitiva por cuanto evita cualquier debate doctrinal o jurisprudencial sobre el concepto de ayuda humanitaria en el delito de tráfico de personas. Al regular exclusivamente, la acción típica realizada en el seno de una organización criminal y con ánimo de lucro, evita toda discusión doctrinal o jurisprudencial sobre su interpretación.

2.2.3.1. La ayuda humanitaria en el ordenamiento comunitario

En la legislación comunitaria, la cláusula de exención de responsabilidad del párrafo 2º del artículo 318 bis CP, se ajusta, literalmente, a lo previsto en el artículo 1.2 de la Directiva 2002/90/CE²⁴⁸ que permite a los Estados miembros la posibilidad, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, de no

²⁴⁶ UN Security Council, Resolution 2240 (2015), Adopted by the Security Council at its 7531st meeting on 9 October 2015, S/RES/2240 (2015).

²⁴⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

²⁴⁸ Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares Diario Oficial de las Comunidades Europeas. L328/17. 5.12.2002.

imponer sanciones a una conducta colaboradora cuando se realice con carácter humanitario²⁴⁹. Asimismo, la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, permite a los Estados miembros no sancionar la prestación de asistencia a inmigrantes ilegales que han sido presuntamente víctimas de un delito de explotación laboral²⁵⁰.

El Parlamento Europeo se ha pronunciado en varias ocasiones respecto a la aplicación del régimen sancionador en materia migratoria originado desde el Derecho comunitario. En el año 2016, el Comité del Parlamento Europeo sobre Libertades, Justicia y Asuntos de Interior realizó un estudio sobre la aplicación de la Directiva 2002/90 relativa a la criminalización de la entrada y permanencia irregular, a los supuestos de ayuda humanitaria²⁵¹. Consciente de las consecuencias de esta normativa, y ante la casuística relativa a los casos de ayuda humanitaria, el Parlamento Europeo se propuso analizar su cumplimiento. El estudio se publicó en el contexto de la llamada crisis migratoria en países como Grecia, Serbia, Hungría y Alemania en el año 2015. La comisión parlamentaria recuerda cómo, desde entonces, la Unión Europea ha pretendido compaginar la lucha contra los traficantes de personas a través del establecimiento de sanciones penales y, por otro lado, evitar que estas recaigan sobre aquellos que prestan ayuda humanitaria.

Reconoce el estudio que la Directiva 2002/90 resulta ambigua respecto de la naturaleza y características de los supuestos humanitarios al dejar su sanción en manos del legislador nacional. Asimismo, realiza un análisis

²⁴⁹ Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares Diario Oficial de las Comunidades Europeas. L328/17. 5.12.2002.

²⁵⁰ Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. Diario Oficial L 168 de 30.6.2009.

²⁵¹ "Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 Update". Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate General for Internal Policies of the Union. PE 608.838 - December 2018. EN. study Requested by the PETI committee.

cuantitativo y cualitativo de las resoluciones judiciales relativas a la sanción de la ayuda en la entrada irregular en el territorio de un país de la Unión. Pone en evidencia la notable diferencia entre las definiciones típicas propuestas por el protocolo relativo al tráfico de personas de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y la normativa comunitaria por otro lado.

El informe reconoce que una regulación ambigua desde el marco comunitario genera confusión entre los respectivos ordenamientos internos y también entre las organizaciones humanitarias que operan en diferentes contextos migratorios. Emite varias recomendaciones centradas en la adaptación y el cumplimiento de los términos la Convención de Naciones Unidas y sus protocolos adjuntos, desde la legislación comunitaria.

En esta misma línea, señala la necesidad de que los Estados miembros establezcan una regulación más clara y taxativa, y recojan el ánimo lucro y las agravantes del tipo de la legislación internacional. Además, critica la falta de datos de los Estados miembro sobre la aplicación del tipo.

El legislador comunitario evidencia que una legislación comunitaria incompleta y confusa tiene como consecuencia una práctica diversa en cada uno de los Estados miembro. Ante un discurso político y jurídico de lucha contra el traficante de personas por parte de los Estados miembro, sería necesario que la legislación comunitaria definiera con claridad, los supuestos de ayuda humanitaria.

De esta forma, esta confusión típica del ordenamiento comunitario permite que, en los Estados miembro, se criminalice la ayuda humanitaria, asimilando esta figura a la de los traficantes de personas, a través de un extensa jurisprudencia y casuística administrativa de los diferentes operadores jurídicos.

2.2.3.2. Salvamento marítimo y ayuda humanitaria

El salvamento marítimo por parte de embarcaciones de organizaciones no gubernamentales es sin duda el ejemplo más relevante de las acciones de ayuda humanitaria. Ante el limitado alcance de las acciones de salvamento de las autoridades, organizaciones humanitarias internacionales o simples grupos de profesionales han organizado otras propuestas alternativas.

El Derecho del mar regula, la asistencia en aguas internacionales de una embarcación en situación de necesidad, y en especial la determinación del puerto seguro al que debe llevar a la misma. El desarrollo de las vías marítimas migratorias a través del Mediterráneo ha justificado la creación de operaciones marítimas de carácter militar por parte de los Estados miembros de la Unión Europea²⁵². Las funciones de las embarcaciones de los Estados miembro se centran en el patrullaje en alta mar con el objeto de conocer las vías marítimas emprendidas por los traficantes de personas y detectar sus embarcaciones. En este sentido, una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas autorizó a los Estados realizar labores de inspección de embarcaciones en alta mar en la costa de Libia ante la sospecha de que se dedicasen al tráfico de personas²⁵³. El protocolo adicional relativo al tráfico de personas, de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, en su artículo 8.5, señala la necesidad de preservar la vida y la integridad física prevaleciendo sobre la jurisdicción del Estado de la bandera de la embarcación, acudiendo también, a toda la regulación relativa al Derecho marítimo y en especial la relativa al salvamento²⁵⁴.

²⁵² Council Decision (CFSP) 2015/778 of 18 May 2015 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED), O J L 122/31, 19 May 2015. For more information on Operation Sophia (EUNAVFOR MED), see European Union External Action Services (EEAS), Fact Sheet: European Union Naval Force – Mediterranean Operation Sophia, Update: November 2015.

²⁵³ UN Security Council, Resolution 2240 (2015), Adopted by the Security Council at its 7531st meeting on 9 October 2015, S/RES/2240 (2015).

²⁵⁴ Instrumento de Ratificación de 16 de agosto de 1978 del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974. BOE núm. 144, de 16 de junio de 1980. Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, BOE núm. 39, de 14 de febrero de 1997.

Muchos son los informes sobre la actividad de las embarcaciones de organizaciones no gubernamentales en aguas del Mediterráneo central, ante la denunciada pasividad de los pabellones de las fuerzas navales de los Estados y los acuerdos de devolución de embarcaciones a los puertos libios²⁵⁵. La denuncia de las organizaciones sociales encuentra su fundamento jurídico en la violación del principio de desembarco en puerto seguro de los navíos rescatados en alta mar²⁵⁶. Las organizaciones no gubernamentales denuncian que no se puede considerar que el territorio libio pueda ser considerado un puerto seguro de desembarco, ante las constantes y evidentes denuncias de violaciones de derechos de los propios inmigrantes.

Ante las operaciones de rescate y salvamento de embarcaciones con bandera de diferentes organizaciones no gubernamentales en aguas internacionales cercanas a las costas italianas, las autoridades italianas han establecido un código de conducta que dificulta y alarga su acceso a puerto italiano, poniendo a prueba su resistencia y la viabilidad de los rescates en condiciones de seguridad, exigiendo, además, sometimiento a cualquier indicación o actuación de las autoridades navales italianas²⁵⁷. En Grecia, donde también se producen acciones de salvamento marítimo por parte de organizaciones no gubernamentales, las autoridades exigen el registro y la

²⁵⁵ Amnesty International, Report "A perfect storm: Failure of European Policies in Central Mediterranean", 2017, p. 17

²⁵⁶ Instrumento de Ratificación de 16 de agosto de 1978 del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974. BOE núm. 144, de 16 de junio de 1980. Directrices respecto de la actuación con las personas rescatadas en el mar. Proyecto de resolución, MSC.167(78), adoptada el 20 de mayo de 2004. MSC 78/26/Add.2 6.12 Un lugar seguro (al que se hace referencia en el párrafo 1.3.2 del anexo del Convenio SAR, 1979) es un sitio en el que se considera que terminan las operaciones de salvamento. También es un lugar en el que la vida de los supervivientes ya no está amenazada y donde pueden satisfacerse sus necesidades humanas básicas (tales como alimentación, abrigo y atención médica). Además, es un lugar en el cual pueden concluirse acuerdos para el transporte de los supervivientes hasta su destino próximo o final.

²⁵⁷ "Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 Update." Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate General for Internal Policies of the Union. PE 608.838 - December 2018. EN. study Requested by the PETI committee, p 68.

coordinación entre ambas. Si no es así, corren el riesgo de ser acusados del delito de tráfico de personas.

El Parlamento Europeo se ha pronunciado a través de la Resolución, de 5 de julio de 2018, sobre directrices destinadas a los Estados miembros para impedir la penalización de la ayuda humanitaria²⁵⁸. El texto recuerda que se requieren sanciones penales adecuadas, pero evitando el riesgo de penalizar a aquellos que proporcionan ayuda humanitaria a los migrantes en situación de necesidad. Por todo ello, el Parlamento pide que no se criminalice la ayuda humanitaria, que se desarrollen mayores capacidades de búsqueda y salvamento para las personas que se encuentran en peligro y que se reconozca el apoyo prestado por los agentes privados y las ONG en las acciones de rescate en mar y tierra.

El Parlamento reconoce que el problema tiene su origen en la limitada transposición por parte de los Estados miembros de la excepción para la ayuda humanitaria contemplada en la Directiva de 2002/90, de 28 de noviembre. Señala que dicha excepción debe aplicarse como un impedimento para la acción penal, con el fin de garantizar que esta no se dirija contra personas ni organizaciones de la sociedad civil que ayuden a los migrantes por motivos humanitarios. Ante la falta de normativa comunitaria taxativa en este punto, insta a la Comisión Europea a que se una a su voluntad de establecer directrices claras para que los Estados especifiquen las formas de ayuda que no se penalizarán, evitando así una imputación penal por asimilarles a la figura del traficante de personas.

La criminalización de la ayuda humanitaria constituye, sin duda, el primer paso hacia la persecución penal de la entrada irregular y de los propios inmigrantes. La sanción al que presta ayuda humanitaria sería el último eslabón o supuesto al que aplicar el régimen sancionador penal en materia migratoria²⁵⁹.

²⁵⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2018, sobre directrices destinadas a los Estados miembros para impedir la penalización de la ayuda humanitaria. (2018/2769(RSP))

²⁵⁹ Es necesario recordar que el favorecimiento o ayuda a la entrada irregular, incluso sin la existencia de ánimo de lucro por parte del autor, es sancionado penalmente en 24 de los 28 países de la Unión Europea. Crackdown on NGO's and volunteers helping refugees and other migrants. "Lina Vosyliute y Carmine

Tras analizar las lagunas de la legislación comunitaria, resulta evidente la necesidad de acudir al ordenamiento interno español para conocer la regulación y práctica judicial respecto a la ayuda humanitaria en el proceso migratorio, y en particular en delito del tráfico de personas.

2.2.3.3 La ayuda humanitaria en el Código penal español

Ante la propuesta de la Directiva comunitaria anteriormente citada, el legislador español se decanta por determinar la impunidad de la ayuda humanitaria. Por ello, resulta relevante precisar cuál es la consecuencia de la ayuda humanitaria en la teoría general del delito aplicada al delito de tráfico de personas. En su artículo sobre la ayuda humanitaria, la profesora Muñoz Ruiz analiza si es posible calificarla como excusa absolutoria o como causa de justificación²⁶⁰. Su artículo tiene por objeto la caracterización jurídico-penal de la ayuda humanitaria como causa de exención de la responsabilidad penal en los delitos contra los derechos de los extranjeros; con especial consideración en los comportamientos que encuentran cobertura en esta cláusula de exoneración y la determinación de su naturaleza jurídica.

Respecto al carácter de la ayuda humanitaria prestada, *Muñoz Ruiz* considera que debe ser dolosa, consciente e idónea para entrar irregularmente en España. La autora propone una definición del concepto de ayuda humanitaria, que la vincula a “*acepciones reconocidas por el Diccionario de la RAE, con una ayuda de carácter, benigno, caritativo o benéfico*”, pero incide en señalarla como *aquella que no requiere el ánimo de lucro*.

Conte. Research Social Platform on Migration and Asylum. June 2019. Respecto a la ayuda humanitaria, recordemos que la Directiva comunitaria 2002/90 permite a los Estados determinar en su ordenamiento interno si sancionan o no la misma.

²⁶⁰ MUÑOZ RUIZ, J., “La ayuda humanitaria: ¿Una Excusa absolutoria o una causa de justificación?”, RECPC 18-08 (2016), p 89.

2.2.3.3.1. La ayuda humanitaria como excusa absolutoria

Sugiere *Maraver Gómez* que las modalidades relativas a la ayuda para la entrada y el tránsito ilegal en España van acompañadas concretamente de una excusa absolutoria cuando el objetivo del autor fuera únicamente “prestar ayuda humanitaria”²⁶¹.

En esta misma línea, *Muñoz Ruiz* considera que son las causas de exclusión basadas en razones político-criminales por las cuales el legislador renuncia a la pena del delito al entender que, en ese caso concreto, resulta más ventajoso no llevar a cabo la ejecución de la pena que hacerla efectiva.

Considera que las excusas absolutorias son causas de exclusión de la pena, pues son excusas legales que determinan la impunidad que el legislador ha previsto. La pena se revela innecesaria, por más que sea merecida.

En este sentido, el Tribunal Supremo considera que la apreciación de una excusa absolutoria supone la presencia de una antijuridicidad tipificada y una culpabilidad del hecho²⁶². En el supuesto del artículo 318 bis CP, implicaría calificarlo como un hecho antijurídico del que el autor resulta culpable, pero con respecto al cual el legislador excluye la pena prevista por entender que resulta más ventajoso no sancionar.

Por tanto, considerar la ayuda humanitaria una excusa absolutoria, supondría que dar cobijo, facilitar alimentos, prendas de abrigo o recoger a un sujeto de una patera en alta mar, es en definitiva un delito. El legislador considera conveniente dejar sin pena al autor de estos hechos siempre y cuando la motivación de esa conducta sea la solidaridad. Por ello, este elemento deberá

²⁶¹ MARAVER GÓMEZ, M, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Molina Fernández(ed.), Memento Penal, Capítulo 33, Madrid, 2010, pp. 1432 y ss. en el mismo sentido POMARES CINTAS, E., “Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea.”, p. 17 y ss

²⁶² STS, Sala 2ª, 7407/1986, de 26 de diciembre de 1986.

ser objeto de prueba en un juicio²⁶³. En este caso, no se evita la apertura del proceso penal contra la persona que presta la ayuda, lo que supone aceptar explícitamente que la ayuda altruista o la hospitalidad están prohibidas penalmente. Por otra parte, mantener el criterio de exención de pena significa invertir la carga de la prueba que requerirá que el acusado acredite la concurrencia de un propósito humanitario. La consideración de la ayuda humanitaria, como excusa absolutoria, tiene como consecuencia una complicada y confusa práctica judicial que conlleva una fase de instrucción, e incluso, de juicio oral que penaliza social y mediáticamente a aquellos que prestan esta ayuda desinteresada, aun cuando finalmente no se les aplique la pena.

En opinión de *Terragni*, desde el momento en que se establece la imposibilidad de la aplicación de una pena, el proceso debe sobreseerse sea cual sea el estado o grado en que la causa se encuentre²⁶⁴. En este sentido, el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de que la excusa absolutoria produzca sus efectos ya en la fase de instrucción o bien, en la fase intermedia mediante la oportuna resolución de sobreseimiento²⁶⁵.

A la hora de determinar los supuestos en los que se produce esta excusa absolutoria, *Maraver Gómez*, partiendo de una concepción internacional de ayuda humanitaria inspirada en los principios de emergencia, neutralidad e imparcialidad, limita su alcance a los casos en que se ayuda a entrar o transitar por España a personas que escapan de un desastre o de una catástrofe. Esta propuesta evidencia la necesidad de determinar la justificación del carácter humanitario de la actuación. Siguiendo la argumentación de *Maraver Gómez*, la justificación de la ayuda humanitaria como excusa absolutoria, debe basarse en el motivo o la causa por la que la persona ha abandonado su país y ha iniciado un proceso migratorio, y no tanto debido a la motivación de la persona que le presta ayuda. Se produciría así, un supuesto de excusa absolutoria que no exime

²⁶³ MARAVER GÓMEZ, M, "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en Molina Fernández (ed.), *Memento Penal*, Capítulo 33, Madrid, 2010, pp. 1432 y ss.

²⁶⁴ TERRAGNI, M.A.: "Excusa absolutoria: cuándo y por qué de no castigar", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº3, 2013, p. 1.

²⁶⁵ STS, Sala 2ª, 618/2010, número de recurso 10/7163, de 23 junio de 2010.

la antijuricidad ni la culpabilidad ante la existencia de una obligación por parte del individuo de ofrecer dicha ayuda²⁶⁶.

Por ello, en el caso del párrafo 2º del artículo 318 bis, la construcción de la excusa absolutoria significaría que la colaboración humanitaria con inmigrantes ilegales es una acción típica y antijurídica que no es punible porque el autor del delito lo comete impulsado exclusivamente por una motivación humanitaria.

Sin embargo, las excusas absolutorias recogidas en la Parte Especial del Derecho Penal se basan en causas personales que excluyen la pena, como el parentesco, o bien en un comportamiento postdelictivo. La ayuda humanitaria que rige la conducta colaborativa con el inmigrante no responde a ninguna de dichas premisas. En este caso, Muñoz Ruiz entiende que el interés preponderante de atender la vida, salud o, incluso, la misma dignidad o seguridad del inmigrante ilegal, hace que la conducta no sea, a priori, lesiva ni peligrosa para el bien jurídico y, por tanto, excluye la antijuricidad²⁶⁷.

2.2.3.3.2. La ayuda humanitaria como causa de justificación

Muñoz Ruiz considera, que no se produce ninguna causa personal que justifique una excusa absolutoria; y se decanta finalmente por una acción típica, no antijurídica ya que priman los intereses y derechos del inmigrante, frente a la afección del bien jurídico protegido por el tipo²⁶⁸. En este sentido, *Santana Vega* considera que es una causa de justificación especial cuando se trate de prestar ayuda humanitaria, señalando que es un supuesto a caballo entre el estado de

²⁶⁶ Es interesante realizar la consulta de la Monografía, FISCHER, H; ORÁA, J; Ayuda humanitaria y Derecho Internacional; serie Ayuda Humanitaria, textos básicos, volumen 7, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000.

²⁶⁷ MUÑOZ RUIZ, J., "La ayuda humanitaria: ¿Una Excusa absolutoria o una causa de justificación?", RECPC 18-08 (2016), p 90.

²⁶⁸ MUÑOZ RUIZ, J., "La ayuda humanitaria: ¿Una Excusa absolutoria o una causa de justificación?", RECPC 18-08 (2016), p 91.

necesidad y el ejercicio de un derecho humanitario²⁶⁹. De esta forma, en estos supuestos al no determinarse la antijuridicidad ni la culpabilidad de la acción típica, se ampara a sus autores de cualquier proceso de criminalización o proceso judicial.

La ayuda humanitaria puede venir fundamentada por la motivación interna del que la presta, pero también por la existencia de una situación objetiva de estado de necesidad del propio inmigrante²⁷⁰.

La jurisprudencia ha afirmado que se ha de apreciar la existencia de un supuesto de estado de necesidad cuando la salida, la entrada o el tránsito del extranjero por territorio nacional lo realizan individuos perseguidos por motivos políticos, por su etnia o creencias religiosas, que se encuentren amenazados de muerte en sus países de origen²⁷¹. Estos casos se reconducen hacia el estado de necesidad que se resuelve optando por el interés preponderante en las situaciones de conflicto, esto es, la evitación de un mal al extranjero ilegal prestándole ayuda humanitaria frente al cumplimiento de la normativa administrativa que regula la entrada o tránsito por territorio español. De esta forma, reconoce la primacía del reconocimiento del estado de necesidad frente a la protección de la política migratoria estatal. Así la ayuda humanitaria representa un importante desafío a la protección penal de la política migratoria, ya que evidencia la existencia y la necesidad de protección de bienes jurídicos prioritarios, como consecuencia de contextos de violaciones de derechos humanos. En definitiva, el carácter humanitario de la ayuda prestada no solo se caracteriza por la falta de ánimo de lucro, ni la pertenencia a una organización que actúa con tal intención, sino también por la situación personal del inmigrante, que obviamente ha de ser conocida por el mismo autor del tipo. *Muñoz Ruiz* sostiene que no se trata de que la exención penal quede reservada única y

²⁶⁹ SANTANA VEGA, D.: “Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, 2015, p. 1132

²⁷⁰ MUÑOZ CONDE, F., García Arán, M., “Derecho Penal, parte general”, Tirant Lo Blanch, 10ª edición, Valencia 2019, p 316.

²⁷¹SAP Málaga 15/2001, de 13 de marzo [ARP 2001\690], y 49/2004, de 30 de julio [ARP 2004\558]

exclusivamente para los casos de riesgo para la vida o integridad del inmigrante irregular, sino incluso para aquéllos en que la ayuda se presta con el fin de restablecer su dignidad o su seguridad²⁷². Añade que el deber jurídico de abstenerse de ayudar a extranjeros ilegales también se interrumpe cuando se trata de evitar un mal para el propio inmigrante; se produce un conflicto de intereses que se resuelve a favor de su restablecimiento personal o, incluso, de la salvaguarda de su dignidad, sobre el interés político-criminal de gestionar los flujos migratorios conforme a la normativa administrativa; sin que pueda ser exigible a cualquier ciudadano medio comprobar si el extranjero al que ayuda es poseedor o no de título habilitante para entrar o circular por territorio español y sin que, en su caso, se le pueda prohibir ejercer un derecho humanitario.

Como contra ejemplo, cabe señalar que la jurisprudencia entiende que no hay estado de necesidad en los casos en que los patrones de una embarcación pretendieran quedarse también en territorio español habiendo sido el Tribunal Supremo muy restrictivo en su aplicación, incluso como eximente incompleta, por no concurrir el requisito básico del conflicto de bienes o colisión de deberes, o no resultar acreditadas las causas que se alegan²⁷³. En los casos de inmigrantes que patronean la embarcación al ser abandonados a su suerte en alta mar o próximos a las costas españolas se ha optado por la atipicidad y la presunción de inocencia²⁷⁴. Según el Tribunal Supremo, los actos de salvamento marítimo son supuestos de atipicidad²⁷⁵.

En este sentido, el Tribunal Supremo se decanta por la atipicidad de la ayuda humanitaria, estableciendo ciertos límites para su consideración. Considera que mediante la realización de la acción típica no debe comprometerse la dignidad del propio inmigrante ni la política migratoria. Señalando que la ayuda humanitaria realizada por organizaciones que actúan

²⁷² MUÑOZ RUIZ, J., "La ayuda humanitaria: ¿Una Excusa absolutoria o una causa de justificación?", RECPC 18-08 (2016), p 22.

²⁷³ Auto TS, Sala 2ª 120/2008, de 12 de febrero [JUR 2008\112709]), STS 1146/2009, de 18 noviembre de 2009.

²⁷⁴ SAP Las Palmas 156/2005 de 15 junio [JUR2005\194122] y 157/2005 de 15 junio [JUR 2005\194125]).

²⁷⁵ STS, Sala 2ª, 606/2007, número de recurso 10082/2007, de 1 junio de 2007.

con dicha finalidad no puede favorecer o provocar entradas masivas de inmigrantes²⁷⁶. En definitiva, el Tribunal Supremo considera la atipicidad cuando no se vulneran los bienes jurídicos objeto de protección penal²⁷⁷. De esta forma, establece unos límites a la atipicidad de la ayuda humanitaria, señalando como prioridad la política migratoria. Así, la ayuda humanitaria no podría apoyar o justificar un flujo migratorio que por su carácter global pudiera poner en peligro, según el Estado, su política migratoria.

2.2.3.3.4. Conclusiones sobre la ayuda humanitaria en el delito de tráfico de personas

La ayuda humanitaria se define tanto mediante la acción realizada como por las características y la motivación de su autor. Del tipo penal no se puede determinar qué acciones se pueden señalar como humanitarias.

Respecto de la motivación del autor de la acción típica resulta difícil diferenciar a aquel que obra sin ánimo de lucro, cuya intervención es sancionada en el tipo básico, de aquel que obra con ánimo humanitario. Resulta complicado pensar en un supuesto en el que el autor del tipo penal actúa sin ánimo de lucro, pero tampoco tiene un espíritu humanitario. De esta forma, esta confusa propuesta permite sancionar a aquel que obra con ánimo humanitario si no se realiza esta distinción con claridad. El responsable de esta no solo debe actuar sin ánimo de lucro, sino que debe tener la voluntad de actuar de forma humanitaria.

Si se atiende al concepto internacional de ayuda humanitaria, la cláusula del párrafo segundo sólo eximiría de responsabilidad penal a la ayuda prestada conforme a los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, con

²⁷⁶ STS, Sala 2ª 479/2006 número de recurso 1172/2005, de 28 de abril de 2006.

²⁷⁷ STS, Sala 2ª 1146/2009, de 18 noviembre de 2009.

exclusión de la colaboración entre familiares o amigos. Así, correspondería al autor de la acción típica, demostrar que ha actuado siguiendo estas premisas, Para así excluir o limitar la responsabilidad, teniendo por ello la carga de la prueba sobre sus espaldas.

El carácter humanitario de la ayuda prestada se puede definir tanto por la situación en el país de origen como por la sufrida durante el tránsito migratorio. De esta forma, la extensión del concepto de ayuda humanitaria determina la aplicación de las causas de justificación en el tipo básico del delito de tráfico de personas. En este sentido, Muñoz Ruiz considera que toda acción realizada sin ánimo de lucro debe catalogarse como solidaria o humanitaria y por lo tanto debe servir como causa de justificación, ya que no tiene carácter antijurídico, ya que priman los intereses y derechos del inmigrante frente a la afección del bien jurídico protegido por el tipo.

Por todo ello, la propuesta típica permite incluir realmente toda acción humanitaria, solidaria o incluso desinteresada dentro de las causas de justificación que determinan la no antijuridicidad del hecho típico ante el bien jurídico protegido. De esta forma, la definición y la determinación del concepto de ayuda humanitaria adquiere gran relevancia ya que como causa de justificación, defiende intereses y derechos que ameritan una protección prioritaria ante la política migratoria estatal. Una interpretación amplia del concepto de ayuda humanitaria permitiría incluir prácticamente todo comportamiento no lucrativo como causa de justificación. Así, la protección penal de la política migratoria exige una definición más clara de este concepto por la relevancia y de los intereses y derechos en juego, ante la protección penal de la política migratoria estatal. Si el legislador acude al Derecho penal para la protección de este bien jurídico, resulta esencial definir con más claridad los supuestos de causa de justificación desde la protección de los derechos fundamentales y el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en esta materia y en el ámbito de la protección internacional.

2.3. Consentimiento del inmigrante y riesgo permitido en la protección penal de las políticas migratorias

Tras el estudio de la figura del tercero que presta ayuda al propio inmigrante, de forma desinteresada, con ánimo de lucro o con espíritu humanitario, es necesario acudir a la figura del propio inmigrante, en un contexto sancionador que protege en exclusiva la política migratoria estatal. El legislador, la jurisprudencia y la doctrina han venido construyendo una visión del proceso migratorio que priva de todo protagonismo al propio inmigrante, frete a la protección penal de la política migratoria.

El tratamiento del consentimiento en el delito de tráfico de personas del artículo 318 bis CP, evidencia como los derechos del propio inmigrante pasan a un segundo plano ante la política migratoria estatal, por parte del legislador penal.

2.3.1. Consentimiento del inmigrante y la asunción del riesgo

En el análisis del bien jurídico objeto de protección en el artículo 318bis, la doctrina y la jurisprudencia han desvirtuado el consentimiento del inmigrante para intentar justificar la defensa de sus derechos en su nombre. Considerando que la acción típica lesiona bienes tan relevantes como los derechos fundamentales y/o la dignidad del migrante, una parte de la doctrina ha privado al inmigrante, objeto del tráfico, de su disponibilidad sobre los bienes jurídicos afectados, negándole el carácter de víctima. Por este motivo, el bien jurídico, objeto de protección penal en el artículo 318 bis CP, se le otorga carácter colectivo y no individual, justificando así dicha indisponibilidad²⁷⁸.

²⁷⁸ CURBELO SOLAR, I., "Problemática sobre la disponibilidad de los Bienes Jurídicos Individuales y Responsabilidades Emergentes", RFD, N° 32, Montevideo, enero-junio 2012, p 92

Otra parte de la doctrina ha justificado el tipo penal básico del artículo 318 bis CP, argumentando la protección de la política migratoria estatal, obviando también en este caso, aunque por razones distintas, el consentimiento del propio inmigrante. La legislación migratoria y su práctica administrativa y policial en materia de control fronterizo son, sin duda, responsables de las situaciones de vulnerabilidad que experimentan los inmigrantes en situación de tránsito irregular. Son potenciales víctimas de graves delitos contra la vida, la integridad física y moral o la libertad. Su vulnerabilidad, característica del proceso migratorio, junto a la negación legal y práctica de derechos fundamentales como el de la tutela judicial efectiva, favorecen la existencia de marcos de impunidad. Por ello, el Estado a través de su política migratoria y sus agentes, es el último responsable de ese marco de impunidad del que se aprovecha el traficante, con el consentimiento del inmigrante, para llevar a cabo la acción típica, en el delito de tráfico de personas.

2.3.1.1. Disponibilidad del bien jurídico

La vulnerabilidad del inmigrante durante el proceso migratorio, a la que los Estados no ofrecen alternativas, justifica, según la doctrina, la privación de la disponibilidad sobre sus principales derechos y, por lo tanto, la relevancia de su consentimiento. Desde esta propuesta doctrinal, ante el traficante, el inmigrante sufre tal nivel de privación de libertad de decisión que su consentimiento no es libre y no está a su disposición. Desde esta deduce que el inmigrante desconoce los riesgos a los que el traficante de personas puede someterle durante el viaje para conseguir su objetivo, la entrada en un tercer país. “Infantiliza” así al inmigrante considerando que no tiene capacidad para valorar la posibilidad de tener que enfrentarse a situaciones penosas o incluso peligrosas para alcanzar su objetivo. El traficante atenta contra la dignidad del inmigrante al no informarle sobre las circunstancias a las que va a hacer frente durante el proceso migratorio, especialmente en el momento de la entrada irregular en el territorio

de un tercer país. El inmigrante es un mero objeto durante un proceso de traslado, siendo su opinión despreciada.

El atentado a los derechos más fundamentales y a su dignidad se produce, según la doctrina, debido a la cosificación del inmigrante al no informarle sobre las difíciles y peligrosas circunstancias del proceso migratorio, convirtiéndolo en un objeto a transportar. La cosificación más la transacción económica con el traficante de personas, “mercantilizan” al propio inmigrante.²⁷⁹ El migrante paga al traficante para recibir a cambio un servicio “logístico o de ayuda”, no para que se atente contra su cuerpo, su vida o su integridad física. Si tras realizar el pago, se les somete a condiciones de viaje o traslado, que, por el carácter clandestino del mismo, pusieran en peligro su vida, integridad física o moral, o sus libertades, estaríamos ante hechos ya protegidos en otras figuras penales como el homicidio, la tortura, la coacción, la detención ilegal o las lesiones.

Estos hechos evidencian el desprecio por la voluntad del inmigrante. Se trata de la consagración del discurso “victimista” que construye la imagen del inmigrante clandestino como la de un ser irracional, miserable y digno de compasión y que desconoce absolutamente los riesgos a los que se enfrenta.

El consentimiento del inmigrante no es válido, no porque sea víctima de una coacción sino porque es engañado por el traficante de personas. Es víctima del engaño del traficante, por ello parte de la doctrina considera que su consentimiento no puede ser considerado como válido. La dignidad como bien jurídico no estaría a la disponibilidad del propio inmigrante, sino que formaría un valor o principio que además, sus derechos fundamentales no son objeto de protección penal. Justamente, la dignidad como bien jurídico protegido no tendría carácter individual ante el engaño sufrido, sino que se constituiría como un valor o principio protegido por el legislador en favor de los miembros de este colectivo.

²⁷⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., “Ley de Extranjería y Derecho Penal”, La Ley: RJEDJB La Ley, número 2, 2001, p 223.

Desde esta argumentación, el bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 318 bis CP, no puede tener carácter individual sino solo colectivo.

Laurenzo Copello sostiene que la imagen victimizada de los inmigrantes basada en prejuicios ha jugado un papel esencial en la elaboración de la actual política criminal europea relacionada con los flujos migratorios. Se produce así una visión estereotipada y paternalista del propio proceso migratorio²⁸⁰. Como bien señala la autora, son las propias leyes y políticas de control fronterizo y migratorio, las que favorecen el negocio del tráfico irregular de personas. Por este motivo, los traslados o trayectos se realizan en situaciones de precariedad e, incluso, de peligro, con el objetivo de esquivar el control y la vigilancia de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Este contexto no representa ni significa necesariamente que los propios inmigrantes pierdan su capacidad de decisión o incluso su voluntad. Ser vulnerable a los abusos, no significa carecer de voluntad de decisión. La mayoría de los inmigrantes en situación administrativa irregular se ponen en manos del traficante de forma plenamente consciente y voluntaria, como la única manera de sortear las políticas de control fronterizo de los Estados. Otra situación muy diferente es que en ese proceso o con posterioridad al mismo, sufren situaciones de explotación sexual o laboral por engaño o como forma de pago en especie. La negación de la validez del consentimiento del propio inmigrante es en realidad una característica del delito de trata de seres humanos y no del de tráfico de personas.

En las travesías marítimas en embarcaciones que buscan la entrada irregular a través de las costas españolas, los relatos de hechos probados de las sentencias condenatorias del delito de tráfico de personas refieren las malas condiciones en las que se encontraba la embarcación para realizar ese tipo de trayecto. Suelen señalar que tampoco contaban con los mínimos elementos de seguridad, chalecos salvavidas, bengalas, balizas de señalamiento o botiquín; por lo que la travesía puso en peligro la vida e integridad de todos los que viajaron a bordo. En este tipo de supuestos, las Audiencias Provinciales han condenado

²⁸⁰ LAURENZO COPELLO, P., "El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos", BJVIIJ UNAM. 2007, p 150.

en aplicación de la agravante de puesta en peligro del artículo 318 bis3.b) CP, pese a que el propio inmigrante fuera plenamente consciente de las dificultades de la travesía o incluso conocedor que precedentes que han concluido con la muerte de sus pasajeros²⁸¹. La jurisprudencia ha valorado el peligro para la vida del inmigrante por elementos objetivos, que, según criterios de seguridad marítima en la navegación, pero en ningún momento si el inmigrante era conocedor de estas circunstancias. El relato de hechos probados de la sentencia de conformidad incide en ningún momento incorpora el testimonio de los inmigrantes.

En muchos de estos supuestos, se impone la pena mínima, 4 años, ya que se dicta en conformidad con el condenado, aceptando que ha puesto en peligro la vida de los inmigrantes. Resulta difícil encontrar una condena relativa al tipo básico del artículo 318bis ya que, en los supuestos de entrada irregular en el territorio por vía marítima, se aplica, en todos los casos consultados el tipo penal del artículo 318 bis.3. b) CP. De esta forma, la jurisprudencia española del artículo 318bis se centra esencialmente en la aplicación del subtipo agravado. En este contexto, por el hecho de haber llegado a las costas españolas en embarcaciones marítimas de dudosa seguridad, la jurisprudencia y la doctrina eliminan el consentimiento del inmigrante, imposibilitando así su aceptación a la hora de aceptar esta travesía.

Cualquier circunstancia del proceso migratorio, determina según la jurisprudencia un supuesto de puesta en peligro en el sentido del subtipo agravado. En la práctica jurisprudencial, la puesta en peligro del subtipo agravado justifica la aplicación del Derecho penal en la sanción de la ayuda a la entrada irregular. La jurisprudencia encuentra así justificación de la sanción penal privativa de libertad, ante una acción que puede revestir de mayor gravedad. Como ya se ha señalado, no existe jurisprudencia que aplique el tipo básico del tipo penal.

²⁸¹ SAPCádiz, sección 1, de 15 noviembre de 2004. Roj: SAP CA 1698/2004-ECLI:ES: APCA: 2004:1698Id Cendoj: 11012370012004100327.

Por ello, podríamos afirmar, que la política criminal en materia migratoria no valora el consentimiento del inmigrante, y justifica la acción penal en el ánimo de lucro del propio traficante de personas y la peligrosidad de la trayectoria. No importa si los derechos e intereses del migrante no se han visto comprometidos por las condiciones de traslado. Es una víctima en manos de terceros que se lucran a partir de su desgracia. Se impone así el enfoque “trafiquista”, que reduce el complejo fenómeno de las migraciones a una dicotomía simplista entre buenos, los migrantes, y malos, todo el que interviene para facilitar su traslado clandestino²⁸².

Esta propuesta normativa está hecha a la medida de los Estados de los países de destino que, tras despojar a los inmigrantes de autonomía y racionalidad, se arrogan la potestad de decidir qué es lo mejor para ellos. Paradójicamente construyen sobre esas bases una política excluyente, donde la mejor alternativa pasa siempre por volver al país de origen o sencillamente desistir del camino emprendido. Todo ello en nombre de la protección y tutela de los derechos de quienes tienen como objetivo primordial llegar, al precio que sea, a esos países que les cierran las puertas. En definitiva, el Estado al que quieren llegar decide en su lugar lo que más le conviene para su presente y futuro, así como la pertinencia del propio proceso migratorio. La neutralización del consentimiento del propio inmigrante facilita, definitivamente, la defensa del verdadero bien jurídico objeto de protección penal, las políticas migratorias de los Estados. El inmigrante no dispone de su propio consentimiento por cuanto el bien jurídico objeto de protección no le pertenece. El inmigrante no tiene reconocido el carácter de víctima de este delito, sino que deviene un simple objeto del mismo.

Laurenzo Copello señala que “la victimización de los inmigrantes se convierte, de este modo, en una estrategia bien pensada por los Estados para

²⁸² LAURENZO COPELLO, P., “El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2007, p 153. La autora considera que el desprecio por la voluntad del inmigrante no es un simple olvido, sino que forma parte de la consagración del discurso victimista que construye la imagen del inmigrante clandestino como ser irracional, miserable y digno de compasión.

consolidar una política de exclusión fuertemente apuntalada por el Derecho penal, con la connivencia de la doctrina y la jurisprudencia con un tipo penal artificioso que sostiene un bien jurídico colectivo para justificar su coherencia teórica y su naturaleza penal, ignorando la construcción de una política migratoria comunitaria de defensa del espacio libertad, seguridad y justicia”²⁸³.

Es objetivo de este trabajo, es visibilizar esa incoherencia o contradicción entre la construcción dogmática del tipo penal del artículo 318 bis CP y la naturaleza y contexto de la política criminal que “dinamita” conceptos básicos de la dogmática jurídico-penal y flexibiliza procesos legislativos y normativos que permiten la creación de un bien jurídico de carácter estatal a través de conceptos o instituciones europeas como el espacio de libertad, seguridad y justicia²⁸⁴.

2.3.1.2. Asunción del riesgo y “autopuesta” en peligro

La asunción del riesgo que entraña la migración irregular es uno de los principales elementos que el propio inmigrante valora cuando toma la decisión de iniciar este proceso. Sabe que el carácter clandestino del mismo y la consecución de su objetivo exige evitar el control de los agentes del Estado

²⁸³ LAURENZO COPELLO, P., “El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, op cit... “No otra es la idea que sirve de base al legislador español -amparado en la política criminal europea- para prescindir por completo de la voluntad del transportado a la hora de circunscribir el ámbito básico de prohibición del artículo 318 bis del Código penal, con la consecuencia -sin duda buscada- de criminalizar todo el entorno del inmigrante para dificultarle al máximo su ingreso en suelo comunitario. Y todo ello con el beneplácito de buena parte de la academia y de la jurisprudencia que interpretan la amplia y drástica penalización del tráfico de personas como un intento loable del Estado por evitar a los potenciales emigrantes futuras situaciones de discriminación, marginación y desarraigo. Una vez más, un ejercicio de etnocentrismo.”

²⁸⁴ IGLESIAS SKULJ, A., “La trata de mujeres con fines de explotación sexual”, Tirant Monografías. Valencia 2013, p 565. “De nuevo asistimos a la conversión de efectos en causas, tan cara a la lógica actuarial, donde el carácter complejo del fenómeno que este precepto pretende “gestionar”, mediante la asunción de políticas netamente represivas, basadas en la construcción de fronteras intraspasables por parte de la legislación, deriva en la “deshumanización” de estos sujetos, para ser vistos sólo desde el punto de vista de rentabilidad económica. En concordancia con ello, no es extraño que el migrante pierda su carácter de sujeto de Derecho, para convertirse en una variable más del cálculo de coste-beneficio para el mercado y que, como tal, su “dignidad como ser humano” quede determinada por su carácter de regular o clandestino, mientras que la pertenencia a esta última calificación lo priva de derechos fundamentales que por su carácter de persona le son inherentes”.

responsables del control fronterizo. Por ello, para iniciar dicho proceso migratorio, es necesario que acepte los posibles riesgos futuros, incluso su fallecimiento, dando de esta forma un consentimiento tácito o implícito. Resulta evidente que el propio inmigrante conoce o va conociendo durante el trayecto, casos de fallecimiento y desapariciones de otros migrantes que emprendieron anteriormente su misma ruta.

La dogmática penal a través de uno de sus principales maestros, *Claus Roxin*, considera que la “autopuesta” en peligro tiene, sin duda, consecuencias en los presupuestos de la teoría general del delito y afecta la teoría de la imputación objetiva, al no poder imputar, en determinados casos, el resultado al autor del hecho típico, el traficante de personas²⁸⁵. En este sentido, *Cancio Meliá* considera que la auto puesta en peligro opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico emprende con otro, una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico²⁸⁶. La actividad de riesgo debe ser imputada en tal caso al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida que puede permanecer en el ámbito de lo previsto por ambos y que la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor de la acción típica. *Cancio Meliá* realiza aquí una clara descripción de la relación entre el traficante y el traficado que es protagonista de su propio proceso migratorio y que, por lo tanto, determina su autopuesta en peligro.

En definitiva, la autopuesta en peligro se produce cuando es la propia víctima, asumiendo el riesgo inminente de ser dañada por la conducta del autor, quien expone sus bienes jurídicos a la posibilidad de una lesión concreta, que en efecto se llega a producir, imputándose el resultado lesivo no al autor, sino a la propia víctima, lo que trae como consecuencia la exclusión del tipo. Para que se produzca tal consecuencia, es necesaria la permanencia de la actividad lesiva hasta el final en el marco de lo organizado conjuntamente entre autor y víctima.

²⁸⁵ ROXIN, C, “Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos, La estructura de la teoría del delito”, (traducido y anotado de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón P, Miguel Diaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remeral), Civitas, Madrid, 2015, p 477.

²⁸⁶ CANCIO MELIÁ, M., “Estudios de Derecho Penal”, Primera Edición, Edit. Palestra. Setiembre de 2010, PP 113 y 114

Por lo demás, la víctima debe reunir las condiciones necesarias para ser considerada una persona responsable y no debe mediar entre el autor y la víctima un deber de garante específico.

Obviar la protección penal de los derechos de los inmigrantes en el tipo penal básico del artículo 318 bis CP, impide que sean considerados víctimas, y que por lo tanto la “autopuesta” en peligro pueda determinar la atipicidad de la acción. Se trata de una consecuencia importante, por cuanto el consentimiento deviene irrelevante, ya que no tiene el estatus de víctima. De esta forma, definitivamente neutraliza el protagonismo del propio inmigrante en este tipo penal y lo que facilita y permite la protección penal de las políticas migratorias estatales.

Como ya se ha señalado anteriormente, en los supuestos de entrada irregular mediante travesías marítimas, la jurisprudencia ha calificado los hechos como supuestos del subtipo agravado relativo a la puesta en peligro. Desde esta propuesta, las difíciles y precarias circunstancias de la navegación, poniendo en peligro la vida del inmigrante, establece la aplicación de este subtipo agravado, en prácticamente todos los supuestos. Por lo tanto, deduce que el inmigrante no tendría el dominio del hecho y que su consentimiento no sería válido. La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales no señala en ningún momento, en su relato de hechos probados, si el inmigrante ha otorgado o no su consentimiento²⁸⁷. En el relato de hechos probados se detalla las difíciles condiciones de la travesía y la falta de condiciones de seguridad marítima por la falta de un material adecuado. Por ello, se deduce que el propio inmigrante no ha prestado consentimiento a dicho viaje y a dicha puesta en peligro, sin que realmente haya una mención expresa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce la protección de los derechos de los inmigrantes es el bien jurídico protegido en los supuestos de

²⁸⁷ SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 1, de 11 de noviembre de 2009. Roj: SAP TF 3027/2009-ECLI:ES:APTF: 2009:3027 Id Cendoj: 38038370052009100596.

SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 6, de 9 de febrero de 2010. Roj: SAP TF 1965/2010 - ECLI:ES: APTF: 2010:1965 Id Cendoj: 38038370022010100330.

puesta en peligro²⁸⁸. En realidad, desde este punto de vista, si del relato de hecho se puede deducir que el inmigrante conocía o podía prever las difíciles circunstancias de la travesía marítima, su consentimiento explícito o tácito podría excluir la imputación y dar lugar a la atipicidad de los hechos. Por ello, es importante analizar la forma en la que se presta ese consentimiento, determinando cuándo y en qué circunstancias ha de considerarse existente.

2.3.1.3. Consecuencias sobre la valoración del consentimiento y la asunción del riesgo

En un primer momento, es necesario analizar en qué circunstancias se produce este consentimiento. Por lo general, el traficante y el traficado mantienen una relación comercial mediante la cual, a cambio de una cantidad de dinero, el traficante le ayuda a entrar de forma irregular en el territorio de un tercer país. En ese momento, en el que se produce esa transacción comercial, se debe valorar si el consentimiento explícito o implícito, es informado. Se debe valorar si el inmigrante tiene todos los elementos y toda la información para tomar esta decisión de forma consciente. Esta valoración resulta esencial por cuanto solo el consentimiento informado, es efectivo desde la teoría general del Derecho penal. Por ello, es importante, analizar si existe el consentimiento para que se pueda producir un supuesto exclusión de la imputación. En este punto, *Cancio Meliá* sostiene que incluso aun cuando se produjera una conducta imprudente por parte del propio inmigrante, se podría excluir la imputación. En todo caso, resultaría cuestionable cuando el inmigrante no tiene justamente el carácter de víctima.

Las circunstancias en las que se produce un proceso migratorio irregular y clandestino determinan el contexto en el que el inmigrante entiende o se le informa del mismo viaje. Por ello, se deben valorarlos antecedentes y el contexto

²⁸⁸ STS, Sala 2ª, 569/2006, Recurso número 928/2005, de 19 de mayo, y la STS, Sala 2ª, 153/2007, Número de recurso 1695/2006, de 28 de febrero.

en el que se produce permite, por ejemplo, prever la peligrosidad de la travesía marítima. Resulta complicado encontrar un supuesto en el que el inmigrante que se encuentra en las costas libias con destino a Europa ejemplo no sepa o no pueda prever que va a realizar una travesía marítima. En cambio, si puede ser más discutible que al dar su consentimiento para la realización de la travesía marítima, sepa y acepte que la misma se va a realizar en una embarcación insegura para la navegación y que la misma pueda ser larga.

La apuesta de la jurisprudencia española por el subtipo agravado relativo a la puesta en peligro, en los supuestos de travesía marítima hacia España, se centra justamente en la falta de respeto de unas mínimas condiciones de seguridad para la navegación, tanto por las deficiencias de la embarcación, como por los medios disponibles. Entiende por lo tanto que el inmigrante no ha sido informado de la puesta en peligro que supone subirse a esa embarcación y realizar la travesía, cuando este además no tiene conocimientos en la materia para valorar dicho peligro. En cambio, se puede sostener que el consentimiento es tácito e informado cuando el inmigrante se sube a la embarcación y además es conocedor de antecedentes en los que otros inmigrantes han fallecido en travesías similares.

La doctrina ha debatido sobre cuál es la ubicación sistemática del consentimiento del ofendido dentro de la teoría del delito. Si se considera que el consentimiento libre y consciente, es causa de exclusión del tipo, no se produce por lo tanto la lesión del bien jurídico²⁸⁹. En este punto, *Jeschek* recuerda que el consentimiento no constituye ninguna declaración de voluntad negociadora, por lo que no requiere la capacidad de negociar del lesionado, sino que es una figura peculiar del Derecho penal, cuyos requisitos de eficacia, como justificante, dependen de que el ordenamiento jurídico haya reconocido la libertad de decisión del titular del bien jurídico protegido²⁹⁰. En este mismo sentido, la

²⁸⁹ ROXIN, C., "Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", (traducido y anotado de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón P, Miguel Diaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remeral), Civitas, Madrid, 2015, p 479.

²⁹⁰ JESCHEK, H-H y WEIGEND T., "Tratado de Derecho Penal, Parte General", trad. de Miguel Olmedo Cardenote, 5ª. ed., Granada, Comares, 2002, p 224.

jurisprudencia española neutraliza dicha libertad de decisión al basarse en elementos objetivos como pueden ser las deficiencias en seguridad de la propia embarcación, sin valorar si justamente, el inmigrante ha consentido navegar pese a estas.

Por ello, ante el consentimiento del inmigrante a realizar una peligrosa travesía marítima, la doctrina penal no valora la existencia del mismo, ya que sostiene que, si bien la dignidad y los derechos de los propios inmigrantes es el bien jurídico objeto de protección, los define como supraindividuales, determinando que estos no tendrían disponibilidad alguna sobre los mismos²⁹¹. Desde esta visión, el inmigrante pierde capacidad de decisión sobre sus propios bienes jurídicos ya que el legislador se ha “adueñado” de los mismos, ante la incapacidad de hacerlo aquel.

Al ser un bien de carácter supraindividual, resulta indisponible el bien jurídico y por ello ineficaz, el consentimiento del sujeto pasivo. *Curbero Solari* señala que un bien jurídico está disponible cuando su titular puede disfrutar del mismo y tiene capacidad para renunciar al mismo²⁹². Así, en el supuesto de las travesías marítimas, el inmigrante no dispondría en ningún momento de sus bienes jurídicos, por el engaño sufrido que provocan un desconocimiento de la peligrosidad de la travesía. No podría considerar que existe un supuesto de coacción por el mero hecho de tener que atenerse a una travesía penosa y peligrosa. Por ello, a estos efectos, su consentimiento a embarcarse en una peligrosa travesía no tiene relevancia alguna.

²⁹¹ RODRIGUEZ MONTAÑES, T., “Ley de Extranjería y Derecho Penal, La Ley”, revista La Ley jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, número 2, 2001. p 1738, en el que concluye que, “nos encontramos ante un delito contra el orden socioeconómico, en que se tutela uno de los aspectos del mismo, tutela que se lleva a cabo mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto recurriendo a objetos o bienes intermedios que tienen función representativa del bien institucionalizado o interés difuso” o también HORTAL IBARRA, J.C., “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, Política criminal y reforma penal / coord. por Víctor Gómez Martín; Santiago Mir Puig (dir.), Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), 2007, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007, p 485.

²⁹² CURBELO SOLARI, I., “Problemática sobre la disponibilidad de los Bienes Jurídicos Individuales y Responsabilidades Emergentes”, N°32, RFD, Montevideo, enero-junio 2012, P 45.

En el supuesto del tipo básico, en el que no se produce una puesta en peligro, el consentimiento del inmigrante carece de relevancia alguna. La protección penal de la política migratoria estatal neutraliza todo el protagonismo del propio inmigrante, negándole su carácter de víctima y por lo tanto despreciando su consentimiento en el proceso migratorio. Puesto que sus derechos no integran el bien jurídico objeto de protección penal en el tipo básico del delito de tráfico de personas, su consentimiento sobre la lesión o la puesta en peligro de estos no afecta la figura típica.

Ante la acción típica de la ayuda a la entrada irregular en España de un tercero, sea cuando esta se realiza sin ánimo de lucro o en cambio se pone en peligro la vida o la integridad del inmigrante, el legislador, la doctrina y la jurisprudencia consideran que su consentimiento carece de validez en la aplicación del tipo penal. Esta es la consecuencia de que, en esta figura típica, el régimen sancionador penal busque proteger otros bienes jurídicos que no pretenden proteger realmente los derechos del inmigrante en su proceso migratorio.

Por ello, en todo caso, aun cuando el régimen penal sancionador proteja las políticas migratorias, el Derecho internacional determina obligaciones para los Estados, que puede evidenciar la existencia de bienes jurídicos que merecen una mayor protección.

2.3.2. La protección internacional como riesgo permitido en la protección penal de las políticas migratorias

La protección penal de las políticas migratorias enfrenta a los Estados con sus obligaciones internacionales. Deben por ello valorarse aquellas obligaciones que pueden afectar al Estado en la protección de su política migratoria. Es necesario valorar qué normas, situaciones o contextos deben tenerse en cuenta en la protección efectiva de su perímetro fronterizo y de la política migratoria que la engloba.

En materia migratoria, el Derecho internacional y el Derecho comunitario recogen el conjunto de las obligaciones estatales. El Derecho internacional de los derechos humanos recoge los derechos inalienables a la persona, pero también aquellos de carácter procesal, tan importantes ante un procedimiento sancionador. Entre las normas internacionales de referencia, se encuentra la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiado, que no solo define el concepto de refugiado, sino que establece también obligaciones para los Estados para garantizar el acceso al procedimiento de protección internacional en sus fronteras y en su territorio. En España, esta norma internacional se encuentra desarrollada en la ley de asilo 12/2009, de 30 de octubre.

Ambas normas obligan a los Estados a ofrecer protección a aquella persona que huye de su país por sufrir una persecución basada en los motivos recogidos en su articulado. Es, por lo tanto, en este supuesto en el que el Derecho internacional reconoce el carácter forzoso de la migración, ya que el interesado sufre “un fundado temor de ser perseguido”.

Merced a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho de acceso al procedimiento de asilo y refugio a toda persona que llegue a su frontera o entre en su territorio. Todos los inmigrantes que llegan a la frontera, sea o no por puesto habilitado, cumplan o no los requisitos de entrada, tienen derecho a presentar, de forma individualizada, las razones por las que migran y solicitar protección.

Con base en el principio de no devolución, solo cuando el Estado haya determinado que el interesado no cumple con los requisitos recogidos en la legislación española que desarrolla la normativa internacional, podrá entonces aplicarse el régimen sancionador en extranjería. Este principio reconoce, por tanto, la primacía del derecho de acceso al procedimiento de asilo por parte del solicitante, sobre el control de fronteras, así como sobre el régimen sancionador en materia migratoria que legítimamente establezca cada Estado.

El artículo 31 de la Convención de Ginebra señala a este respecto que:

“1. Los estados contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales”

Este artículo impide a los Estados imponer sanciones penales, cuando pese a producirse una entrada irregular, el inmigrante alegue causa que justifique dicha entrada en base a alguno de los motivos recogidos en la definición de refugiado.

Incluso si la entrada es irregular, la acción no podría tener sanción penal. Si el artículo 31 de la Convención ha de aplicarse eficazmente, se requieren claras medidas legislativas o administrativas para garantizar que tales procedimientos no se inicien o, de haberse iniciado ya, garanticen que no se impongan sanciones²⁹³. La mera presentación de una solicitud de protección internacional debe impedir la incoación de un procedimiento sancionador penal o administrativo. Solo, si dicha solicitud administrativa de protección internacional es inadmitida podrá iniciarse dicho procedimiento.

En la misma línea, el artículo 6 de la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia, irregulares, recoge las obligaciones de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de protección internacional y en especial, respecto a los artículos 31 y 33 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados²⁹⁴.

a legítima potestad del Estado en el control de sus fronteras y la determinación de los requisitos de entrada y residencia hace frente a una

²⁹³ FELLER, E., TURK, V., NICHOLSON, F., "Protección de los refugiados en el derecho internacional: consultas globales del ACNUR sobre protección internacional", ACNUR, Icaria Editorial, Barcelona 2010., p 214.

²⁹⁴ Decisión Marco del Consejo, de 19 de Julio de 2002, 2002/629/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Diario Oficial número L 203 de 01.08.2002.

excepción o más bien a una garantía o protocolo que debe respetar. Ante absolutamente todos los supuestos de entrada en su territorio de un ciudadano de un tercer país, el Estado debe permitir el mero acceso a un procedimiento administrativo de solicitud de protección internacional, acompañado de garantías procesales, como pueden ser la asistencia jurídica, la asistencia de un intérprete y la atención médica. Por ello, el reconocimiento de estos derechos deviene esencial, sea cual sea la situación administrativa del interesado. El Estado debe, por lo tanto, en base a la firma y ratificación de la legislación internacional en materia de protección internacional, establecer un procedimiento administrativo accesible, también para los ciudadanos extranjeros que incumplen los requisitos de entrada y que lo hacen fuera de cualquier puesto fronterizo habilitado.

El mero acceso a este procedimiento administrativo impide, durante su duración, la aplicación del régimen sancionador. El inmigrante que incumple los requisitos de entrada o aquel que le presta ayuda con tal objetivo, que ponen en peligro la política migratoria como bien jurídico protegido, encuentra una vía de acceso legal que impide cualquier sanción ante dicha puesta en peligro.

Esta salvaguarda, en forma de procedimiento administrativo, determina una excepción a la aplicación del Código penal. De esta forma, la legislación de de asilo y refugio puede determinar que una entrada no ha sido irregular al considerar que el inmigrante la ha realizado en base a algunos de los motivos recogidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. De esta forma, no se cumplirían uno de los elementos del tipo penal, por lo que la conducta sería atípica., si se considera que en realidad tiene derecho a entrar al haber sido su solicitud de asilo admitida a trámite. En cambio, estaría justificada si se considera que está amparada por el ejercicio de un derecho, como el derecho a solicitar protección internacional en frontera, a tenor del artículo 20 CP. La mera presentación de solicitud, que se realiza en el ejercicio de un derecho, muestra la existencia de una causa de justificación a la acción típica realizada por el traficante. Si la solicitud es admitida a trámite, el Estado se encuentra en la obligación de garantizar la permanencia en España del solicitante, en base al principio de devolución, hasta la decisión definitiva. En

este supuesto, no se cumpliría uno de los elementos objetivos del tipo penal como es la naturaleza irregular de la entrada, es decir contravención de la legislación de extranjería.

Si bien la ayuda que un tercero haya podido prestar a ese inmigrante, junto a la propia entrada pueden poner en peligro la política migratoria como bien jurídico protegido, el Estado ha de aceptar dicha entrada ante la aplicación de la legislación de asilo.

El Estado permite así el riesgo que dicha entrada supone para su política migratoria y su control de fronteras. Una sola solicitud de protección internacional en frontera, que determina la impunidad de la acción de ayuda a la entrada irregular, no pone en peligro la política migratoria, pero cuando se producen miles de solicitudes de protección internacional en frontera, cada año, la puesta en peligro es más evidente. Las solicitudes de protección internacional es un fenómeno global y creciente, que cada vez tienen más peso e importancia en la gestión de los flujos migratorios²⁹⁵.

La evolución de la naturaleza de los procesos migratorio debe tener consecuencias en la protección de las políticas migratorias y de su régimen sancionador. Un flujo migratorio mixto en el que las migraciones forzadas, fundamentadas en los motivos recogidos en la legislación de protección internacional, cuestiona y pone en riesgo la protección penal de las políticas migratorias. De esta forma, la creciente importancia de la legislación y las solicitudes de protección internacional desafía la protección penal de las políticas migratorias y la aplicación del tipo penal del delito de tráfico de personas del artículo 318 bis CP, con supuestos de atipicidad y causa de justificación, en protección de un derecho fundamental reconocido en el artículo 13.4 CE.

²⁹⁵ En el año 2019, se realizaron en España 118446 solicitudes de protección internacional, de las cuando en el año 2015 eran apenas 14887 casos. En 2019, se produjeron 9178 solicitudes en puesto fronterizo y centro de internamiento. Estos datos se pueden consultar en la página web del Ministerio del Interior: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica>

El legislador y el poder ejecutivo hacen frente a un derecho fundamental cuya protección y defensa debe primar sobre el ejercicio de la política pública migratoria. Por ello, es necesario analizar el riesgo que supone la legislación de asilo y refugio para la protección penal de las políticas migratorias.

El riesgo es obra no de un individuo sino de una convención internacional y una ley nacional que la desarrolla. Proviene así de una obligación adquirida por el Estado. Para determinar si este riesgo puede considerarse permitido y excluir, efectivamente la tipicidad de la conducta es necesario acudir a la teoría general del delito, dentro de la Parte General del Derecho penal.

Muñoz Conde considera que toda conducta que suponga la creación de un riesgo no permitido es no suficiente porque requiere que se realice el resultado. La creación de un riesgo no permitido, que posteriormente se realiza en el resultado lesivo, es suficiente para considerar que se cumple el tipo objetivo del delito, tal y como recoge la teoría de la imputación objetiva. En cambio, si el riesgo es permitido no se crea un riesgo jurídicamente desaprobado²⁹⁶.

En marco teórico, lo que hay que valorar es si la ley de asilo constituye un criterio para reconocer la existencia de un riesgo permitido ya que la misma evitaría la irregularidad de la propia entrada en el territorio de un tercer país, lo que no permitiría calificar los hechos según el tipo del delito de tráfico de personas. La entrada en el país podría ser en principio un riesgo de cara a la realización del delito de tráfico de personas, pero estando cubierta por el derecho de asilo, pasaría a representar un riesgo permitido. De esta forma, el Estado acepta la existencia de un supuesto de atipicidad en la sanción penal de la ayuda a la entrada irregular. Admite por lo tanto que las entradas de miles de personas que solicitan protección internacional y ven admitida a trámite su solicitud,

²⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F., García Arán, M., "Derecho Penal, parte general", Tirant Lo Blanch, 10ª edición, Valencia 2019, p 230. "toda conducta que suponga la creación de un riesgo no permitido o el aumento de un riesgo ya existente más allá de los límites de lo permitido es ya suficiente para imputar el resultado que suponga realización de ese riesgo no permitido. La creación de un riesgo no permitido, la consiguiente realización de ese peligro o riesgo en un resultado y la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida son, pues, los criterios que hay que aplicar para, a partir del establecimiento de una conexión causal, imputar objetivamente en el ámbito jurídico un resultado a la persona que lo causó.

pueden vulnerar la política migratoria estatal, pero el Estado está obligado a aceptarlo y no establecer sanción penal.

2.3.3. Inexigibilidad de otra conducta y miedo insuperable

La no exigibilidad de otra conducta es una figura de la teoría general del delito de relevancia en el proceso migratorio. *Luzón Peña* la define como “*una inexigibilidad individual a efectos penales que da lugar a que la conducta, aunque prohibida, se considere comprensible, explicable y por ello disculpable*”²⁹⁷.

El miedo insuperable, recogido en el artículo 20.6 CP, establece una causa eximente de responsabilidad penal: una persona que comete un ilícito penal bajo los efectos del "miedo insuperable", por lo que no puede ser condenada a pena alguna ni por sus acciones ni por sus omisiones

La inexigibilidad subjetiva e individual de otra conducta se produce ante la lesión de intereses superiores o preponderantes, por lo que no cabe su aceptación. Debería aceptarse la inexigibilidad general o la relativa a una situación o casuística especial e individual. Para determinar el grado de exigibilidad y de miedo insuperable en el ámbito de la culpabilidad, buena parte de la doctrina se decanta por el criterio objetivo del hombre medio²⁹⁸.

La exculpación por inexigibilidad individual a efectos penales es, el fundamento de la exención del miedo insuperable, que se reconoce dentro del catálogo de eximentes en el art. 20.6 CP ²⁹⁹. La doctrina lo considera como una eximente, argumentando que los supuestos en los que el miedo disminuye la capacidad electiva o la amenaza del mal, es mayor que el mal causado. La

²⁹⁷ LUZÓN PEÑA, D.M, “Exculpación por inexigibilidad penal individual”, RJSC, v. 8, n. 14, p. 9-36, jan/jun. 2016, p 9.

²⁹⁸ MIR PUIG, S., “Derecho Penal: parte general”, 10ª Edición. Dykinson. Madrid 2015, p 611.

²⁹⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995.

jurisprudencia del Tribunal Supremo indica que quien actúa bajo un miedo insuperable debe hacerlo ante una amenaza real, seria e inminente. La influencia psicológica debe tener una cierta intensidad y debe tratarse de un mal efectivo, real y acreditado³⁰⁰.

Para que sea posible la aplicación del miedo insuperable como principio exculpatorio en el delito que nos ocupa, debe tener alguna relación con la motivación del proceso migratorio. La legislación relativa a la protección internacional, a través de los requisitos recogidos en la definición de refugiado, afectan la tipicidad como supuestos de riesgo permitido³⁰¹. La inexigibilidad de otra conducta durante el proceso migratorio debe valorarse en la entrada en el territorio de un tercer país. Es en ese momento en que debe existir una amenaza provoque un miedo insuperable, serio e inminente de sufrir un mal efectivo, real y acreditado. Es, por lo tanto, la amenaza seria e inminente de sufrir un mal efectivo, real y acreditado, la que determina la inexigibilidad exculpatoria. En este supuesto típico, es aquel que le presta ayuda al inmigrante irregular, el que debe sufrir esa amenaza y ese miedo insuperable.

³⁰⁰ STS, Sala 2ª, 54/2015, número de recurso 1481/2014, de 11 de febrero. “El art. 20.6 del nuevo Código Penal introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insuperable al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo art. 8. 10º del Código Penal derogado. La supresión de la ponderación de males busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima. Esta influencia psicológica, que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada, debe tener una cierta intensidad y tratarse de un mal efectivo, real y acreditado. Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio (S 16-07-2001, núm. 1095/2001). La aplicación de la eximente exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aun reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta (S 16- 07-2001, núm. 1095/2001). La doctrina jurisprudencial (STS 1495/99, de 19 de octubre), exige para la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable, la concurrencia de los requisitos de existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva (Sentencia de 29 de junio de 1990).”

³⁰¹Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York, el 31 de enero de 1967. BOE número 252, de 21 de octubre de 1978.

En un tipo penal en el que el ámbito subjetivo resulta confuso, el miedo insuperable lo pueden sufrir tanto el inmigrante como el traficante de personas. En todo caso, debe atenderse a supuestos que se producen en esa misma entrada. Esta situación podría encuadrarse en supuestos de violaciones de derechos humanos que se producen en países de tránsito migratorio, en la que agentes estatales, paraestatales o incluso delincuenciales persiguen o abusan de los propios inmigrantes. La situación en Libia o incluso en Marruecos podrían ser un ejemplo significativo. En este contexto, colectivos vulnerables en situación de explotación como son las mujeres y los menores son víctimas de amenazas reales y ciertas de un mal inminente y seguro. En esta situación, se encontraría igualmente un inmigrante que está intentando entrar irregularmente en España y, ayuda sin ánimo de lucro, a otros a entrar junto a él, para escapar o huir de una red de explotación sexual y laboral en un país de tránsito migratorio. Desde el momento en que aquel que presta ayuda a otros, también tiene intención de emigrar al mismo país de destino, puede realizar los elementos del tipo como autor, pero a su vez, al entrar igualmente de forma irregular, también puede actuar en base a una amenaza que le provoque un miedo insuperable que determine la inexigibilidad de otra conducta. .

La amenaza que permite apelar al miedo insuperable debería por lo tanto ser sufrida tanto por el autor de los elementos del tipo como por el inmigrante al que presta ayuda. Ambos deben tener un proyecto migratorio, que concluye en una entrada irregular y a una ayuda de la misma, ante la existencia de una amenaza que provoca dicho miedo insuperable.

El carácter insuperable del miedo no debe ser necesariamente paralizante, sino que debe dejar una posibilidad de elección o actuación, que en todo caso no sea superior a la exigencia media de soportar males y peligros. Basta “la razonabilidad de la creencia de la persona en la presencia de un mal amenazante, y que si al respecto “hay un error vencible habrá de apreciarse la

eximente incompleta; lo mismo que cuando el mal amenazante no es de suficiente entidad o la acción de salvamento realizada no es necesaria”³⁰².

Se atiende por lo tanto a una valoración tanto subjetiva como objetiva que debe realizarse a la luz de los elementos del propio relato, incluyendo la información sobre la situación de los derechos humanos en el país de origen y en el de tránsito.

2.4. Conclusiones

El delito de tráfico de personas del artículo 318 bis CP del código penal, presenta en su tipo básico, a un autor que ayuda al inmigrante en su proceso de entrada irregular, sin que obre ánimo de lucro y sin que pertenezca a una organización criminal. De la más reciente doctrina y jurisprudencia se puede deducir que el tipo básico protege las políticas migratorias de los Estados. Por ello, tanto el propio inmigrante como aquel que le presta ayuda sin ánimo de lucro vulnera este mismo bien jurídico protegido.

No obstante, es significativa, la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre los supuestos de travesía marítima con destino a España. En el relato de hechos probados, estas sentencias identifican al autor de los hechos típicos a través de las funciones que realiza durante la travesía. A su vez, incide en la falta de material y de una embarcación adecuada para realizar la travesía, que pone en peligro la vida y la integridad física del propio inmigrante. Establece la autoría y aplica el subtipo agravado de puesta en peligro del delito de tráfico de personas del artículo 318bis. Respecto de la autoría, realiza a menudo una distinción artificial entre la figura del traficante perteneciente a una organización criminal y el propio inmigrante. Puede que uno de ellos conduzca embarcación, pero

³⁰² MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., "Derecho Penal, parte general", Tirant Lo Blanch, 10ª edición, Valencia 2019, P 391.

ambos pueden tener un mismo proyecto migratorio y ambos ponen igualmente su vida en peligro.

Tanto la propuesta que sostiene la protección de los derechos de los inmigrantes como un bien jurídico colectivo, como la que mantiene la protección penal de las políticas migratorias; presentan el proceso migratorio como una acción teledirigida por el traficante de personas ante un inmigrante vulnerable y manipulable. El bien jurídico colectivo se justifica ante un proceso migratorio en el que el inmigrante no dispone libremente de su propio consentimiento por haber sido objeto de engaño y de “cosificación” durante el proceso migratorio. En este contexto, el inmigrante no tiene capacidad de proteger sus propios bienes jurídicos individuales. El inmigrante resulta “cosificado” por el mero hecho de acceder a una prestación económica a cambio de un servicio, como es facilitar la entrada irregular. Pese a que ha accedido al intercambio comercial, se considera que su consentimiento no es pleno o real, ya que se entiende que es desconocedor de las circunstancias que va a tener que vivir para entrar de forma irregular en el territorio de un tercer Estado. No se valora la posibilidad de que el propio inmigrante esté informado y asuma voluntariamente los riesgos inherentes a una acción clandestina como es la entrada irregular.

La diferenciación entre el régimen administrativo sancionador y el penal se ha debilitado, no solo por compartir un mismo bien jurídico objeto de protección sino por presentar también dos infracciones difícilmente compatibles y complementarias. La protección penal de la política migratoria dificulta la distinción entre los dos regímenes sancionadores, evidencia la imposibilidad de distinguir entre el traficante y el propio inmigrante y a su vez tiene por principal consecuencia que el consentimiento de este último o su autopuesta en peligro de este último no tenga relevancia para determinar la atipicidad de la acción de ayuda a la entrada.

Ante la protección penal de las políticas migratorias, cabría señalar que solo las obligaciones internacionales del Estado, en materia de protección internacional podrían justificar la aceptación de un riesgo permitido por el inmigrante en tal protección. Ante la política migratoria de control de fronteras, el

Estado debe legislar y permitir que cualquier inmigrante que llegue a sus fronteras pueda realizar una solicitud de protección internacional. Mientras, esta solicitud se encuentre en trámite, no será posible incoar un procedimiento sancionador. Así, el Estado debe aceptar las entradas de aquellos que solicitan protección internacional en frontera que pueden poner en peligro la política migratoria, sin que se pueda determinar su carácter irregular y tampoco se imponga ningún tipo de sanción.

Ante la falta de control sobre el bien jurídico protegido y la vulneración de este último por parte del inmigrante y del traficante, es posible que la sanción penal se extienda no solo a la acción de ayuda sino también a la propia entrada. Si al que se le imputa un delito de tráfico de personas, es realmente un inmigrante que realiza por ejemplo labores de navegación durante la travesía, se estaría condenando en base a ese relato a un verdadero inmigrante.

En definitiva, la protección penal de las políticas migratorias de los Estados establece las bases y los fundamentos para la sanción penal de la entrada irregular en el territorio de un tercer país.

3. CONSECUENCIAS DE LA SANCIÓN PENAL DE LA ENTRADA IRREGULAR

El análisis del régimen sancionador en materia migratoria y en particular del delito de tráfico de personas, ha permitido evidenciar cómo, al menos en su tipo básico, el bien jurídico protegido es la política migratoria de control de flujos migratorios. Tanto el propio inmigrante que entra de forma irregular en el territorio de un tercer Estado, como aquel que le ayuda sin ánimo de lucro, vulneran la política migratoria, como bien jurídico protegido. Pese a ello, el tipo penal básico sanciona exclusivamente al que presta ayuda.

En un contexto, en el que uno ayuda al otro, pero ambos tienen un mismo proyecto migratorio, el inmigrante que ayuda al otro podría ser objeto de una sanción penal. La difícil diferenciación entre el inmigrante que ayuda y el inmigrante que recibe esa ayuda, cuando ambos intentan entrar irregularmente en España, puede provocar que ambos sean sancionados penalmente. Por ello, es posible que finalmente la propia entrada irregular también sea objeto de sanción penal. Resulta interesante estudiar cuáles serían las consecuencias y problemáticas de la sanción penal de la propia entrada irregular. .

Si la propia entrada irregular amerita sanción penal, es porque la acción supone un “desvalor” penal para las políticas migratorias de control de flujos, a través de una lesión o puesta en peligro de este bien jurídico. Es pertinente estudiar si ese “desvalor” penal se puede producir por la mera entrada irregular en el territorio de un tercer país, pues partiendo del principio de lesividad del Derecho Penal solo así la sanción penal es posible.

Para contextualizar este proceso de criminalización de la entrada irregular, es relevante acudir al Derecho comparado y conocer procesos similares de “criminalización” en países como Italia, Francia y Alemania, por ejemplo. A su vez, es conveniente tener en cuenta el contexto de la externalización jurídica del control de fronteras, por parte de los Estados de tránsito migratorio, como paradigma de ese proceso de criminalización no solo de la entrada irregular sino también del propio inmigrante. Finalmente, la sanción penal de la entrada irregular tiene consecuencias en la dogmática jurídico-penal, señalando el camino hacia un Derecho penal de autor, un Derecho penal del enemigo.

3.1. Análisis del desvalor penal de la entrada irregular

La protección penal de las políticas migratorias necesita de la determinación del “desvalor” penal del bien que amerite tal protección. Por ello,

es necesario analizar si la mera entrada irregular en el territorio de un tercer Estado supone un “desvalor” penal para la política migratoria estatal. La entrada irregular en el territorio de un tercer Estado es sancionada con una prohibición de entrada y tiene como consecuencia la devolución al país de origen. La política migratoria de control de flujos encuentra así su marco normativo en la legislación de extranjería. Ante este marco normativo, la entrada irregular de un solo inmigrante, en incumplimiento de los requisitos de entrada que establece la legislación de extranjería, debe determinar la aplicación de su régimen sancionador, al haberse producido una infracción administrativa. Su sanción penal necesita que la acción no solo sea típica sino también antijurídica al producirse un desvalor” penal que suponga una lesión o, una puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Para estos supuestos, el legislador ya acude al Derecho administrativo sancionador, que establece sanciones para esta misma infracción. Por ello, la mera aplicación adecuada y eficaz del régimen administrativo sancionador establecido en la ley no permite automáticamente considerar que existe tal lesión o puesta en peligro. El Derecho administrativo sanciona la existencia de un peligro presunto, estadístico, por lo que debe regular y sancionar la concurrencia de un gran número de actos similares cometidos por una multitud de sujetos. Es un refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración y por eso prohíbe y sanciona no según criterios de “lesividad” sino más bien de peligrosidad. La peligrosidad es un concepto cuya valoración no necesita de ningún resultado ni tampoco la realización de un determinado número de actos peligrosos.

En contrario, la sanción penal de la entrada irregular se justifica en la puesta en peligro de la política migratoria estatal. Sería por lo tanto importante determinar qué tipo de peligro justifica el injusto penal y la correspondiente sanción penal de la propia entrada irregular. En estos casos no se exige constatar ex post una situación de peligro concreto como resultado de peligro sino sólo que la conducta tipificada encierre una idoneidad o aptitud para lesionar o producir un daño. De esta forma, una entrada irregular debería poner en peligro la propia política migratoria.

En este sentido, Feijoo Sánchez señala que, si el peligro o el riesgo es sinónimo de inseguridad o privación de condiciones de seguridad, los delitos de peligro se pueden definir también como delitos contra la seguridad de esos bienes que se ponen en peligro. Considera que éstos consisten en la abstracción de la seguridad como bien jurídico protegido. Directamente este autor ha definido los delitos de peligro abstracto como “injusto de la inseguridad”, lo que sin duda se puede vincular con la política migratoria estatal y en particular su régimen sancionador³⁰³.

En el intento de definir ese peligro, y la respuesta ofrecida desde el Derecho, es relevante acudir a la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se ha pronunciado sobre la sanción penal de la propia entrada o permanencia irregular en Italia o en Francia³⁰⁴. En estos casos, la legislación de estos países había propuesto acudir a la sanción penal ante la ineficiencia de la sanción administrativa en su objetivo de conseguir la expulsión del ciudadano extranjero. Para el legislador de estos países, el peligro que justifica la sanción penal es justamente la ineficiencia del régimen administrativo sancionador. Acude así al Derecho penal como un segundo instrumento sancionador más grave y contundente, pero que el propio TJUE no apoya por cuanto opta por una pena privativa de libertad, que define como incompatible con el régimen sancionador en materia migratoria. Pese a este antecedente jurisprudencial, es evidente que los Estados están elaborando un discurso político y jurídico que señala al régimen administrativo sancionador como un instrumento insuficiente para la protección de la política migratoria estatal. Este es el discurso que facilita la criminalización de la propia entrada irregular y por extensión del inmigrante.

³⁰³ SÁNCHEZ, FEIJOO, B., “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, 2005, P 327.

³⁰⁴ STJUE, Sala Primera, Hassen El Dridi, alias Soufi Karim c. Italia, (asunto C-61/11 PPU, El Dridi), de 28 de abril de 2011 European Court Reports 2011 I-03015.

STJUE, Gran Sala, Alexandre Achughbabian contra Préfet du Val-de-Marne. Petición de decisión prejudicial: Cour d'appel de Paris – Francia, de 6 de diciembre de 2011. Asunto C-329/11. Recopilación de la Jurisprudencia 2011 I-12695.

En este sentido, existe una clara diferenciación entre la potestad sancionadora y la potestad penal y en especial desde el punto de vista de los peligros más o menos mediatos sobre el bien jurídico. Mientras que al Derecho penal le corresponde la punición de los actos lesivos o particularmente peligrosos para los bienes jurídicos más importantes, el Derecho administrativo sancionador se centra en afectaciones de interés o bienes jurídicos menores importantes o en peligros más generales o abstractos sobre los mismos. Las infracciones administrativas intentan adelantar al máximo las barreras de protección. En todo caso, *Roxin* advierte como la ampliación del Derecho penal a la puesta en peligro o mera peligrosidad conduce a incriminaciones más amplias y bienes jurídicos cada vez más inaprensibles³⁰⁵.

En este sentido, la definición del grado de peligrosidad puede servir para diferenciar entre la tutela penal y la administrativa. Con independencia de lo difícil que pueda ser establecer el punto de delimitación en esta diferenciación gradual, parece claro que en supuestos en que queda acreditada la ausencia de peligro deberían quedar en el ámbito de la potestad sancionadora de la administración.

Además, hay que tener en cuenta que si existe un peligro para el bien jurídicos puede hablarse de una antijuridicidad material, pero si ese riesgo no existe lo que se produce es solamente una desobediencia formal a la norma. El tipo penal básico del artículo 318 bis CP se asemeja más a los delitos de peligro abstracto por mera acumulación por cuanto la comisión de una sola conducta individual no generaría peligro, pero la reiteración y repetición de acción típica sí que podría poner en peligro el bien jurídico objeto de protección. En la medida en que la acumulación de tales actos concretos sí tiene capacidad de producir consecuencias lesivas, se entiende que debe sostenerse no sólo su tipicidad formal, sino la propia tipicidad material. En cualquier caso, es importante, poner de relieve que, la acumulación no debería plantearse como un elemento

³⁰⁵ ROXIN, K., "Derecho penal: parte general: Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", Civitas ediciones, 2006, p 60. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico. Se abandona el dogma del bien jurídico por la teoría de la lesividad social

hipotético de los delitos de acumulación, sino como elemento real y esperado. Y en lo que se refiere a este delito cabe afirmar que se cuenta de antemano con la realización actual o inminente de hechos similares por una múltiple pluralidad de sujetos, a través de los flujos migratorios.

Los riesgos en este delito no pueden contemplarse como un problema de una acción individual, sino como problemas sistémicos, que no cabe reconducir equitativamente a acciones de personas. No hay una lesión o peligro para el bien jurídico atribuible personalmente a la conducta del sujeto concreto, que justificaría la protección de una política estatal.

De esta forma, los riesgos y peligros que afectan al bien jurídico protegido y que justifican la sanción penal, provendrían del carácter global y sistémico de las migraciones, pero también de las lagunas y, limitaciones del régimen administrativo sancionador. En definitiva, la sanción penal de la entrada irregular supone abrir una nueva etapa en el control y la represión del flujo migratorio irregular, pero también en la expansión del Derecho penal hacia la sanción de situaciones de puesta en peligro.

3.2. “Administrativización” del Derecho penal

Respecto de la ayuda a la entrada irregular, se ha señalado como las propuestas desde el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal son incompatibles, lo que se traduce en la imposibilidad de aplicar la infracción administrativa. En este sentido, el profesor *Silva Sánchez* realiza una propuesta doctrinal que pretende delimitar claramente qué infracciones deben ser sancionadas a través del Derecho Penal y cuáles a través del Derecho Administrativo³⁰⁶. Diferencia el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador considerando que el primero “persigue proteger bienes concretos

³⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales”, Civitas monografías, 2001, p 124.

en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio” y el segundo destinado a “reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial”, considerando que tiene que atender a consideraciones de afectación general puramente estadística y por lo tanto no se debe exigir tanto en lo referente a la imputación.

Considera que Derecho Penal moderno de las sociedades postindustriales corre el peligro de sufrir un claro proceso de “administrativización” al encaminarse no hacia una lesividad concreta sino hacia una “lesividad” global derivada de acumulaciones o repeticiones; que se convierta en un “derecho de gestión ordinario de grandes problemas sociales”³⁰⁷. Hace además una interesante reflexión que incide en que lo importante y crucial de las políticas criminales no es la “dimensión de “lesividad” del comportamiento individual sino más bien el problema de las grandes cifras.”.

Silva Sánchez busca la salvaguarda de los principios básicos del Derecho Penal clásico más garantista para los delitos más graves, aceptando la existencia actual de un proceso inevitable de expansión del Derecho Penal a ilícitos de acumulación o peligro presunto, esto es, a conductas alejadas de la creación de un peligro real para bienes individuales e incluso supraindividuales, siempre que no reciban penas de prisión. Mantiene una propuesta de «Derecho de la intervención», justificando una “menor intensidad garantista dentro del Derecho penal” si no subsiste para esos tipos, una pena privación de libertad. Propone que las sanciones penales que se impongan allí donde se han flexibilizado las garantías no sean penas de prisión. A su juicio, “el conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible y un Derecho penal mínimo y rígido debe hallar así una solución en el «punto medio» de la configuración dualista”. Desde este análisis y desde la necesidad de salvaguardar el Derecho penal clásico apuesta por una “tercera vía”, cuya aplicación al tipo penal del artículo 318bis podría merecer un breve análisis.

³⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales”, Civitas monografías, 2001, P 165.

La propuesta de *Silva Sánchez* puede resultar en cierta medida garantista ante un proceso de “desregulación” penal y traslado hacia el régimen administrativo sancionador. Podría tener cierto encaje en la política criminal actual, si el tipo básico del artículo 318bis mantuviera exclusivamente una sanción de carácter económico y los hechos típicos con penalidad agravada mantuvieran una regulación y una pena diferenciada.

Las diferencias penológicas entre el tipo penal básico y los diferentes subtipos agravados relativos a la puesta en peligro del inmigrante y a la participación de una organización criminal, son muy importantes. Los tipos agravados del artículo 318 bis necesitarían de un tipo penal propio que determinara su regulación, lo que permitiría según la propuesta de *Silva Sánchez*, una regulación penal propia con una pena privativa de libertad.

El espacio de la expansión razonable de la pena privativa de libertad en el Derecho Penal viene dado por la existencia de conductas que, por sí solas, lesionan o ponen en peligro real un bien individual; eventualmente, cabe admitir lo mismo a propósito de bienes supraindividuales, siempre que sea la conducta del sujeto concreto la que efectivamente los lesione o ponga en peligro real. Así solo los tipos agravados del artículo 318 bis CP justificarían la sanción privativa de libertad, ya que protegerían bienes jurídicos individuales de los propios inmigrantes. Según la propuesta de *Silva Sánchez*, la mera entrada irregular y la ayuda sin ánimo de lucro, podrían ser objeto de una sanción penal que no fuera privativa de libertad, estableciendo así límites a la criminalización de la entrada irregular en España.

3.3. Estudio de Derecho Penal comparado

El análisis de la criminalización de la entrada irregular en el territorio de un tercer Estado necesita de un estudio de Derecho comparado del régimen penal en materia migratoria. El análisis de los regímenes sancionadores en Italia,

Francia y Alemania es relevante por cuanto constituyen un precedente que puede marcar el camino para futuras reformas del Código Penal español.

3.3.1. Italia

En Italia, la Ley “Bossi-Fini”³⁰⁸ propone una regulación híbrida que sanciona penalmente tanto al extranjero que, previamente expulsado de Italia, intenta nuevamente acceder al país; como la mera promoción de la inmigración irregular. La normativa prevé tres tipos de sanciones: a) aquellas que van destinadas al inmigrante irregular, recogidas en los artículos 13 y 14 DL 286/98, b) aquellas que castigan el tráfico ilegal de personas previstas en el artículo 12 del citado Decreto y c) aquella que castiga la trata de personas contenido el artículo 601 del Código Penal³⁰⁹.

La Ley “Bossi-Fini” reformaba el Decreto Legislativo 286/98 pero mantenía algunas de sus disposiciones que contemplaban una sanción con penas de hasta cuatro años de prisión para aquellos extranjeros que entren en el país tras haber sido previamente expulsados. De esta forma, se sancionaba por la vía penal, el mero quebrantamiento de una sanción administrativa³¹⁰.

La sentencia de la “Corte Costituzionale” 22/2007, de 22 de enero, señala que el arresto obligatorio viola los artículos 3 y 13 de la Carta Magna italiana, que sancionan, respectivamente, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y la excepcionalidad de la adopción de medidas de privación de libertad. Los magistrados consideran contrario a la Constitución que un inmigrante pueda ser expulsado, tras comparecer ante un juez, sin garantías de

³⁰⁸ Legge 30 luglio 2002, n. 189. DDL 795 B)

³⁰⁹ DAUNIS RODRIGUEZ, A., “El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria”, Editorial COMARES, Granada 2009, p 271.

³¹⁰ La regulación propuesta por el legislador italiano para la sanción del tráfico ilegal de personas es similar a la recogida por la legislación española, estableciendo como tipo básico la mera promoción de la inmigración irregular y como tipos agravados, la puesta en peligro de la vida, el trato inhumano y degradante o la finalidad de explotación sexual

defensa, y que deba ser arrestado de forma obligatoria si viola la orden de abandonar Italia en cinco días. Consideran que la condición de extranjero no puede ir asociada a una presunción de peligrosidad.

El Gobierno Italiano de Silvio Berlusconi aprobó la “Legge de 15 de Luglio de 2009, numero 94 Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”³¹¹ que modifica el tratamiento administrativo y penal de la inmigración irregular, reformando la Ley “Bossi-Fini” al sancionar a los inmigrantes que acceden irregularmente al país, con multas de hasta 10.000 euros o con el ingreso de hasta 18 meses en un centro de internamiento de extranjeros. La norma también contempla la posibilidad de un agravamiento de la pena en un procedimiento judicial cuando el condenado se encuentra en situación administrativa irregular³¹². La privación de libertad en un centro de internamiento no sería una medida cautelar, sino que tendría naturaleza punitiva. En todo caso, cumpliría los plazos establecidos en la directiva comunitaria 115/2008 para dicho internamiento³¹³.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el caso “El Dridi”, considera que la Directiva 115/2008 debe hacer valer su efecto directo ante una transposición incorrecta de la misma al ordenamiento italiano³¹⁴. En consecuencia, el Decreto Legislativo 286/1998 no será de aplicación, en particular su artículo 14.5 que preveía la pena privativa de libertad, por lo que en base del principio retroactividad de las normas sancionadoras más favorables, esta sentencia tendrá efecto también en todos los órganos judiciales italianos que hasta ese momento tenían que aplicar ese Decreto Legislativo. La pena privativa de libertad tras no respetar la orden de expulsión será inaplicable por lo

³¹¹ Legge 15 luglio 2009, n. 94 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 24 luglio 2009

³¹² De nuevo en 2011, la Corte Constitucional Italiana señala la inconstitucionalidad de varios artículos del “Pacchetto di Sicurezza. La sentencia se centra en la aplicación y respeto del principio de reserva de ley ante la privación de libertad en el marco de procedimientos sancionadores de carácter administrativo. Sentenza della Corte Costituzionale 115/2011, 04/04/2011.

³¹³ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Diario Oficial L 348 de 24.12.2008.

³¹⁴ STJUE, Sala Primera, Hassen El Dridi, alias Soufi Karim c. Italia, de 28 de abril de 2011, (asunto C-61/11 PPU, El Dridi), European Court Reports 2011 I-03015. E

tanto en la práctica judicial italiana por cuanto contraviene la Directiva referida³¹⁵. De esta forma, los esfuerzos del legislador italiano de sancionar penalmente el incumplimiento de las órdenes de expulsión se vieron truncados por la Corte Constitucional italiana y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.3.2. Alemania

En Alemania, la norma de referencia es la “Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet”, de 30 de Julio de 2004. ; que castiga con sanciones privativas de libertad prácticamente cualquier conducta del inmigrante que se encuentra en situación de irregularidad. En el artículo 95.1 de esta ley, se sanciona con la pena de hasta 1 año de prisión o multa a los extranjeros que entren o permanezcan en territorio federal sin poseer pasaporte o título de residencia; a los que infrinjan la prohibición de salida; a los que no se identifiquen o lo hagan de forma incorrecta o incompleta; a los que no cumplan de forma reiterada, el deber de presentarse ante las autoridades policiales; a los que incumplan alguna limitación espacial cuando estén obligados a salir del territorio alemán y a los que pertenezcan a una agrupación o grupo formado por extranjeros cuya actividad y existencia se mantenga en secreto. En mismo artículo sanciona con penas de hasta 3 años de prisión a aquellos extranjeros que una vez expulsados, devueltos o retornados, vuelvan a entrar en el territorio alemán, o permanezcan en el mismo; o incluso a quien haga o emplee declaraciones inexactas o incompletas para conseguir un título de residencia.

En su artículo 96, la citada ley tipifica el delito de tráfico de personas, con una propuesta que se asemeja mucho a la recogida en el artículo 318 bis CP, pero presenta también algunas diferencias. Exige un mayor plus de lesividad de la conducta puesto que el sujeto activo debe tener ánimo de lucro, y debe actuar

³¹⁵ La libertà personale dell'immigrato irregolare nella direttiva-rimpatri e la disapplicazione di norme italiane contrastanti: la sentenza *El Dridi*. GABRIELLI, Chiara

de forma reiterada o a favor de varios extranjeros. El favorecimiento del tráfico de persona se castiga con una pena de prisión de 3 meses a 5 años cuando lo haga con fines de explotación sexual o laboral, reclutando, transportando o haciendo llegar a su destino. La pena será de hasta 10 años de prisión si se trata de un menor de 14 años, si el autor maltrata o pone en peligro la vida de la persona transportada o si recurre a coacción o amenaza.

Daunis Rodriguez sostiene que la normativa alemana propone la sanción penal para cualquier actividad que realice el ciudadano extranjero en situación administrativa irregular. Considera que no se sancionan hechos sino al propio extranjero³¹⁶. Es evidente que esta norma sanciona la mera contravención de la legislación administrativa, cuando además su régimen sancionador tiene infracciones previstas que sancionan su mera reiteración.

3.3.3. Francia

En Francia, la legislación penal sanciona con penas privativas de libertad diversas infracciones del extranjero a la normativa que regula la entrada, permanencia y salida del territorio francés³¹⁷. El artículo 621 del “Code de l’Entrée et le séjour des étrangers et du droit d’asile”, 2005, 22 de febrero, castiga con penas de prisión de 1 año y multa de 3750 euros, al extranjero que entre o resida sin cumplir las disposiciones establecidas al efecto por la ley. Por otra parte, se sanciona con penas de hasta 3 años de prisión la vulneración o el quebrantamiento de las órdenes de expulsión, devolución o de limitación de residencia.

³¹⁶ DAUNIS RODRIGUEZ, A., “El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria”, Editorial COMARES, Granada 2009, p 269.

³¹⁷ Consultado en DAUNIS RODRIGUEZ, A., “El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria”, Editorial Comares, Granada 2009. Ordenanza número 2004-1248, de 24 de septiembre de 2004, relativa a la parte legislativa del código de entrada y de estancia de extranjeros y del Derecho de asilo, en los artículos 621 y siguientes.

El TJUE también se pronunció sobre la legislación francesa en materia migratoria³¹⁸. Criticó que el Estado francés, ante el incumplimiento por parte del interesado de una orden administrativa de expulsión que no contemplaba un plazo de salida voluntaria del país optara directamente por una pena privativa de libertad en vez de volver a emitir una orden de expulsión con dicho requisito y hacer posteriormente efectiva dicha expulsión. Sancionaba así por lo tanto la gestión administrativa y logística de los procedimientos sancionadores de expulsión por parte de los Estados, poniendo en tela de juicio su efectividad. El Tribunal estableció como única excepción que el extranjero hubiese cometido además otro delito tipificado en el ordenamiento francés. Solo entonces, el Estado podrá priorizar una pena privativa de libertad sobre la expulsión.

El TJUE no establece prohibición alguna a los Estados miembro para sancionar penalmente el fenómeno migratorio, pero crítica el uso de la pena privativa de libertad por ser contrario, según su criterio, al objetivo de todo régimen sancionador migratorio, la expulsión.

Estos tres Estados respetan la legislación comunitaria que regula los delitos de tráfico de personas y trata de seres humanos. Han adecuado sus tipos penales a la legislación correspondiente. Pero, sin duda, al margen de esta regulación, han iniciado una política legislativa penal en materia migratoria, que se excede de la política común europea en materia migratoria, que representa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.4. Externalización jurídica del control fronterizo en países de tránsito

La criminalización de la entrada irregular en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea no solo necesita de un régimen penal en

³¹⁸ STJUE, Gran Sala, Alexandre Achughbabian contra Préfet du Val-de-Marne. Petición de decisión prejudicial: Cour d'appel de Paris – Francia, de 6 de diciembre de 2011. Asunto C-329/11. Recopilación de la Jurisprudencia 2011 I-12695.

transformación, sino también que se complemente con una política exterior que fomente la “externalización” política y jurídica del control de flujos migratorios, en países de tránsito migratorio. Para ello, será necesario un marco normativo, que además evidencie la evolución del concepto de frontera y jurisdicción. Así la externalización jurídica del control fronterizo y la política exterior de la Unión Europea en materia migratoria articulan la propuesta de externalización del control de las fronteras exteriores.

3.4.1. Evolución del concepto jurídico de frontera y jurisdicción

Textos como la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos complementarios o las diferentes normativas aprobadas en el seno de la Unión Europea muestran la evolución del concepto de territorio dentro del ámbito de la soberanía³¹⁹. La lucha contra la delincuencia organizada transnacional y la progresiva construcción de una política criminal comunitaria evidencian los desafíos al concepto clásico de soberanía jurisdiccional. La lucha contra la inmigración irregular y contra los traficantes de personas, justifica según los Estados, la conveniencia de una jurisdicción y una política penal expansiva que desborde el concepto tradicional de soberanía. La identificación de intereses transfronterizos entre los Estados sea mediante una organización internacional o en sus relaciones bilaterales, desarticula el concepto clásico y territorial de jurisdicción y de frontera.

³¹⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. Decisión Marco (2002/946/JAI) de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia, irregulares. “DOUE” número 328 de 05 de diciembre de 2002-Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares Diario Oficial de las Comunidades Europeas. L 328/17. 5.12.2002.

El espacio común de libertad, seguridad y justicia constituye un elemento esencial de la construcción europea, por lo que se ha convertido el principal bien jurídico objeto de protección de la política migratoria europea. Para la consecución de este objetivo, el reforzamiento de las fronteras exteriores de la Unión se ha ido complementando con la externalización del control fronterizo, a través de la gestión delegada en los Estados de los países de tránsito migratorio.

De facto, la intervención de la Agencia FRONTEX, en aguas internacionales o incluso en aguas territoriales de un tercer Estado, determina el ejercicio de la jurisdicción de la Unión Europea, en la defensa y protección de las fronteras exteriores de la Unión Europea. Por ello, acudiendo a las funciones de los agentes FRONTEX, así como a las misiones de salvamento marítimo se podrá establecer la extensión de la jurisdicción de facto y cuáles son las consecuencias jurídicas. Sin duda, las operaciones que realiza FFONTEX en aguas internacionales o territoriales de un tercer Estado, ponen de manifiesto un concepto amplio de la frontera y del control fronterizo, siempre en relación con el respeto del Derecho del mar. Con este propósito, el último reglamento FRONTEX precisa sus funciones en las fronteras exteriores de la Unión Europea, entre las cuales se encuentra, en su artículo 36.2.c) y e), la coordinación de actividades para uno o varios Estados miembros y terceros países en las fronteras exteriores, incluidas operaciones conjuntas con terceros países, así como la prestación de asistencia técnica y operativa a los Estados miembros y a terceros países, en apoyo de las operaciones de búsqueda y salvamento de personas en peligro en el mar que puedan presentarse durante las operaciones de vigilancia de fronteras marítimas³²⁰. De esta forma, la Unión Europea emprende, por un lado, acciones de control con un tercer Estado, pero también actúa en aguas internacionales para la consecución del mismo objetivo.

Es necesario analizar las funciones realizadas en estas aguas internacionales para el ejercicio de algún tipo de jurisdicción por parte de la

³²⁰ Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y de Consejo de 13 de noviembre de 2019 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) no 1052/2013 y (UE) 2016/1624

agencia europea en estas aguas. En este sentido, es importante estudiar si de las acciones de salvamento marítimo, que realizan las embarcaciones de FRONTEX, en aguas internacionales, se puede deducir algún tipo de acción o procedimiento jurídico administrativo. Según, el artículo 38.2.j) del mismo Reglamento comunitario 2019/1896, de 13 noviembre, entre las funciones de las operaciones conjuntas realizadas por los Estados miembro, en el seno de FRONTEX, se encuentra el respeto y el conocimiento de la jurisdicción que corresponda, así como la aplicación del Reglamento comunitario 656/2014, de 15 de mayo, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores³²¹. En su artículo 7, de esta última norma, hace referencia a la interceptación de embarcaciones en alta mar, señalando que, si existe sospecha de la existencia de un supuesto de tráfico de personas, se podrá apresar el buque y aprehender a las personas a bordo, y o bien entregarlo a las autoridades de un tercer país o bien dirigirlo al país de destino, donde se deducirá la aplicación del correspondiente régimen sancionador. De esta forma, la existencia de indicios de hechos que pueden ser calificados como tráfico de personas, legitima no solo el rescate en alta mar sino también el ejercicio de la jurisdicción del Estado de destino, a través de la incoación del régimen sancionador relativo al delito de tráfico de personas³²².

En este sentido, en España, para la iniciación de un procedimiento sancionador penal en el país de destino, hay que estar a la LOPJ fija la extensión y límites de la jurisdicción española en su artículo 23, combinando el criterio general de territorialidad que determina su competencia para conocer de los delitos cometidos en territorio español cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto activo de los mismos, con las excepciones derivadas de los principios de

³²¹ Reglamento (UE) 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea L 189/93, de 27.06.14.

³²² SANTOS VARA, J., "La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿hacia una centralización en la gestión de las fronteras?" RDCE, 59, 2018, p 143.
DEL VALLE GALVEZ, A., "Sobre la inviabilidad del modelo de fronteras exteriores europeas en el mediterráneo", REDI, Foro- El rescate de personas en el Mediterráneo, Vol. 72/1, enero-junio 2020, p 190

personalidad³²³. De acuerdo con tales criterios, hasta ahora, en el supuesto de que una embarcación sea rescatada en aguas internacionales por un buque español, con personas que, presuntamente, perseguían entrar en España, no era posible considerar que los tribunales españoles tenían jurisdicción para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos acaecidos en la misma, salvo si el tráfico de seres humanos detectado en aguas internacionales estuviera orientado a la explotación sexual de los mismos, a la vista de la expresa previsión contenida en el artículo 23.4 e) de la LOPJ³²⁴.

El preámbulo de la reforma de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración irregular, hace referencia a la Convención de Naciones Unidas, y especialmente a su Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que en el artículo 15.2 c), dispone que los Estados parte pueden establecer su jurisdicción respecto al delito de tráfico de personas, aun cuando se cometan fuera de su territorio³²⁵. Este sería el supuesto concreto de la patera o los cayucos interceptados antes de llegar a las costas españolas, en aguas internacionales, supuestos en los que se identifica la realización de la acción típica que supone promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia de que hayan producido fuera de la jurisdicción española.

3.4.2. “Externalización” jurídica del control fronterizo en terceros Estados

³²³ Artículo reformado por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. «BOE» núm. 278, de 20 de noviembre de 2007.

³²⁴ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial. BOE núm. 157, de 02 de Julio de 1985.

³²⁵ La Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas considera que el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas tiene un claro carácter transnacional y un claro factor de impunidad que deriva, no tanto de la falta de voluntad de los Estados con más vínculos de conexión, cuanto de su falta de capacidad para la represión individual de una criminalidad generalmente privada, aunque, casi siempre, organizada.

El Estado español no solo ha regulado su propia jurisdicción extraterritorial en la protección de sus intereses, sino que ha firmado diferentes acuerdos con países de tránsito migratorio como Senegal para la lucha contra de delincuencia³²⁶. En este caso, el acuerdo, incluye la cooperación de ambos Estados en la lucha contra “la inmigración ilegal y el tráfico de personas”, obligando a que ambos Estados sancionen estos delitos en sus respectivos Códigos penales. Acuerdos de este tipo sirven para fundamentar la existencia de un tipo penal de tráfico de personas o de inmigración ilegal en la legislación penal del país de tránsito migratorio. Este proceso puede sin duda resultar polémico por cuanto, estaríamos ante el supuesto de una política criminal basada en interés y por influencia de un tercer Estado y no a favor necesariamente del Estado soberano en cuestión. Se trata de una política criminal “subcontratada” a un tercer Estado, de tránsito migratorio, que podría no tener mayor interés en una regulación penal de esta infracción, pero lo lleva a cabo para la protección de los intereses del Estado del país de destino migratorio.

En este sentido, *Del Valle Gálvez* señala como ciertas funciones de control fronterizo de la UE y sus Estados se realizan por otros terceros Estados, a través de figuras jurídicas imprecisas, como “delegación”, “atribución” o “control remoto” para la “contención de los flujos migratorios”, o directamente como la subcontratación por la UE fuera del territorio de una parte del control de sus fronteras³²⁷. En todo caso, la externalización de controles fronterizos comprende, aquellas situaciones en las que no hay ni presencia ni ejercicio directo de actividades de control por agentes públicos de los Estados miembros.

Los terceros Estados llevan a cabo determinadas funciones de control fronterizo y política migratoria, como la vigilancia de sus fronteras, o la retención y retorno extranjeros, con despliegue normativo y operativo propio.

³²⁶ Convenio entre los Gobiernos del Reino de España y de la República de Senegal sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho ad-referéndum en Dakar el 5 de diciembre de 2006. Boletín Oficial del Estado de fecha de 14 de marzo de 2009.

³²⁷ DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras. Propuestas conceptuales sobre ‘extraterritorialidad’, ‘desterritorialidad’ y ‘externalización’ de controles y flujos migratorios”, REJC, n.o 2, Universidad de Cádiz, 2020, p 170,

Los acuerdos de diverso tipo de la UE con terceros países se han constituido en pieza esencial para vehicular actuaciones de control de flujos migratorios hacia Europa. Este es el caso del referido Acuerdo con Turquía de 2016, e igualmente el caso de los diferentes Acuerdos y Programas con Marruecos, o con Túnez. Un problema jurídico mayor que plantean estos Acuerdos bilaterales o multilaterales es el frecuente uso de instrumentos de soft law, que por definición plantean más dificultades de cumplimiento y de control democrático interno, al no seguir los procedimientos previstos en los Tratados o en el Derecho originario y no crear obligaciones jurídicas asumidas por los Estados y la UE conforme al Derecho Internacional.

En este sentido, la “externalización” del control fronterizo también tendría su vertiente jurídica, de la que se deduce la aplicación de un régimen sancionador a los migrantes en situación de tránsito migratorio en terceros países.

A este respecto, conviene analizar si el régimen sancionador aplicable es extrapolable al español o al de cualquier otro estado de derecho. El control y la represión del flujo migratorio, en un país de tránsito migratorio se debería encuadrar en un régimen sancionador.

El proceso de “externalización” de la acción penal a través de terceros Estados supone poner en riesgo las garantías formales y procesales que deben acompañar una política criminal de un Estado democrático de derecho.

El caso de Marruecos merece ser objeto de estudio a través de la reciente reforma de su legislación de extranjería y en especial del régimen sancionador. La “loi n° 02-03 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières”, de 11 noviembre 2003, incluye en su artículo 42 una sanción privativa de libertad de 6 meses a un año a aquel ciudadano extranjero que entre en el país sin pasar por un puesto fronterizo habilitado o que permanezca en el país una vez que ha caducado su visado.

En Senegal, desde 2005, el Código penal sanciona el tráfico de personas³²⁸. El preámbulo de la norma recuerda la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, reconociendo su situación de país clave en el tránsito migratorio. A partir de ahí, sanciona el tráfico de personas en su territorio aún en un contexto de tránsito migratorio hacia un tercer país. En concreto, castiga a los autores de este tipo penal cuando en parte o en su totalidad, los hechos se han producido en Senegal o en contra de ciudadanos senegaleses.

La identificación del bien jurídico objeto de protección en el régimen sancionador en materia migratoria de un país de tránsito resulta sin duda más compleja. Es evidente que ese Estado debe tener igualmente una política migratoria, pero también es innegable que su principal rol o cometido es el tránsito hacia un tercer país, y que por lo tanto el control del flujo migratorio se realiza en beneficio de ese otro país³²⁹. Por ello, el bien jurídico objeto de protección mediante el régimen sancionador podría en definitiva proteger principalmente los intereses del Estado del país de destino. El bien jurídico objeto de protección queda al dictado de las relaciones internacionales y diplomáticas del Estado, y por lo tanto no buscaría proteger su propia política migratoria sino que se trataría de una mera subcontratación de la represión del control migratorio.

Desde este punto de vista, el régimen sancionador de un tercer Estado de un país de tránsito migratorio no necesariamente es fiscalizado por los poderes legislativo y judicial y no necesariamente debe respetar los principios básicos de un estado de derecho. Por ello, la “externalización” legislativa del control

³²⁸ Loi n° 2005-06 du 10 mai 2005 relatif à la lutte contre la traite des personnes et pratiques assimilées et à la protection des victimes.

³²⁹ En este sentido podemos recordar por ejemplo los acuerdos aprobados en el Consejo de ministros de España por el cual se provee material logístico y policial para el control de fronteras a las autoridades marroquíes. Real Decreto 845/2006, de 7 julio, por el que se regula la concesión de una subvención extraordinaria al Reino de Marruecos para la mejora del control de sus fronteras y lucha contra la emigración ilegal. BOE de 08/07/2006.

fronterizo tiene importantes “ventajas” para el sostenimiento de una política represiva.

Así, por ejemplo, el régimen sancionador del Estado de tránsito puede no respetar el principio de proporcionalidad, ya que su norma puede ser menos respetuosa con los principios generales del Derecho. La “criminalización” de la entrada irregular puede ser más eficaz o contundente que en el país de destino. Por ello, el régimen sancionador penal puede convertirse en un instrumento de represión y control de flujo migratorio.

En este mismo proceso de “criminalización” de la entrada irregular y del propio inmigrante, a través de la “externalización” del control fronterizo, se puede incluir los supuestos de detención, privación de libertad y expulsión al margen de todo procedimiento administrativo o penal. La “criminalización”, en este caso, no llega solo a través de un proceso penal sino al través del trato dispensado.

La situación de los inmigrantes con destino a Europa, en Mauritania, podría servir de ejemplo³³⁰. En Nuadibú, ante las salidas de embarcaciones con destino a las islas Canarias, se instaló un centro de detención de inmigrantes en un edificio abandonado, en el que eran internados sin ninguna autorización judicial ni procedimiento administrativo. A este extremo, es necesario añadir que España firmó un acuerdo de devolución de ciudadanos de terceros países con Mauritania que recoge la readmisión de nacionales de terceros países, pero que en ningún momento exige un procedimiento administrativo para la ejecución de la misma³³¹. De esta forma, tras la readmisión por las autoridades mauritanas después de la expulsión por parte de las autoridades españolas, el inmigrante irregular, afronta un internamiento o una expulsión, sin la incoación de ningún procedimiento administrativo. Se prosigue de este modo el proceso de

³³⁰ “Mauritania: “Nadie quiere tener nada de que ver con nosotros”: arrestos y expulsiones colectivas de migrantes a quienes se ha negado la entrada a Europa, Amnistía Internacional, 01/07/2008, Index Number: AFR 38/001/2008.

³³¹ Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, en materia de inmigración, firmado en Madrid el 1 de julio de 2003 y publicado en el B.O.E. del 4 de agosto de 2003.

“criminalización” del inmigrante irregular en el país de tránsito, como víctima de la “externalización” de fronteras en favor del país de destino.

Por esta razón, la deslocalización del control fronterizo en las autoridades de un país de tránsito, que no respeta los principios del Estado de Derecho, sitúa al inmigrante irregular fuera de la ley e incide en el discurso criminalizador. En última instancia, esta política migratoria ajena al respeto del Estado de Derecho responde a la protección de la política migratoria del país de destino y del espacio de libertad seguridad y justicia de la Unión Europea y sus fronteras exteriores.

Esta política de externalización del control fronterizo pretende evitar que la tentativa de entrada irregular en el territorio de un Estado europeo llegue incluso a producirse, por lo que no se incoará ningún procedimiento sancionador desde el ordenamiento de un Estado comunitario. En este sentido, la criminalización de la entrada irregular no se produce solo por la aplicación de una sanción penal en el país de destino sino también en el de tránsito, pero también y sobre todo por el trato recibido por las autoridades de este país, pero en definitiva por la “invisibilización” del proceso migratorio.

3.4.3. Política exterior en materia migratoria de la Unión Europea

La “externalización” penal del control fronterizo no es una política iniciada solo por el Estado español, sino que pretende ser una política europea tanto del Consejo Europeo como de la propia Comisión.

En este sentido, según De Lucas, la Unión Europea parece haberse generalizado un modelo de gestión de la inmigración caracterizado por una política instrumental y defensiva, una política de policía de fronteras y adecuación coyuntural a las necesidades del mercado de trabajo, que, para la

consecución de este objetivo, también tiene una vertiente exterior³³². Si bien es cierto que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consolida la inmigración y el asilo como asuntos de seguridad interior del territorio de la UE, bajo la rúbrica «Espacio de libertad, seguridad y justicia», la cooperación internacional con terceros Estados resulta particularmente relevante. Los acuerdos bilaterales y multilaterales no solo sirven para ordenar la inmigración regular, sino también para controlar la de carácter irregular³³³. En este sentido, en 2015 la Comisión elevó una comunicación al Parlamento y al Consejo Europeo en la que propone la elaboración de una agenda europea para las migraciones³³⁴. Esta propuesta valora especialmente la dimensión exterior en la política migratoria europea de lucha contra los traficantes de personas a través de la cooperación con terceros Estados. La relación o vinculación con estos Estados puede ser muy amplia, desde la mera cooperación policial, hasta el fortalecimiento jurídico y legal de sus instituciones. Con esta cooperación se pretende atacar el tráfico de personas desde todas las vertientes.

En este contexto, el marco jurídico internacional en el que se fundamenta y desarrollan estos acuerdos y relaciones de la Unión Europea con terceros Estados, viene dado por los Acuerdos de Cotonú (Gambia), firmados con los Estados de África, el Caribe y el Pacífico. El artículo 13, de estos Acuerdos recoge el compromiso de los Estados emisores de migrantes de aceptar el retorno y la devolución de sus ciudadanos que se encuentren en situación irregular en un Estado parte de la Unión Europea³³⁵. Desde este marco normativo, se inician toda una serie de acuerdos bilaterales con Estados parte

³³² DE LUCAS, J. “Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración» en *Inmigrantes, ¿cómo los vemos? Algunos desafíos y malas respuestas*, DE LUCAS, J. y TORRES, F (Dir.), Madrid, Talasa, 2002, pág. 26.

³³³ ASÍN CABRERA, M^a A. “Los Acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular”, de su publicación en la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. No. 10, julio-diciembre de 2008, pP93.

³³⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions a European Agenda on Migration, Brussels, 13.5.2015 COM (2015) 240 final.

³³⁵ Acuerdo de asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, 2000/483/CE, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000.

desde los cuales se desarrollan grupos de trabajo con el objeto de establecer mecanismos jurídicos efectivos en materia migratoria en los países de origen. En este sentido, y para dotarlos de un marco normativo de referencia, la Comisión Europea invita a la firma y ratificación del Convenio de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos³³⁶ a aquellos Estados del acuerdo con África, Caribe y Pacífico que aún no lo hayan hecho. Los términos de estos acuerdos no deberán ser, conforme a la Comisión, meramente programáticos o normativos, sino que deberán fomentar de forma real y práctica el refuerzo institucional del país de origen o tránsito migratorio para la “lucha contra el tráfico de personas”.

La asistencia será financiera y técnica con el objetivo de que los Estados tengan instrumentos y estrategias legales para actuar contra los traficantes de personas, así como para el control de fronteras. Este tipo de cooperación efectivamente no solo es logística, sino que también pretende un fortalecimiento institucional y legal para el establecimiento de una política pública en interés de un tercer Estado, aunque en realidad no es más que la preparación y organización de los intereses de la política exterior del Estado financiador. Para la Unión Europea, los acuerdos de Cotonú, firmados en el año 2000, son la piedra angular de esas relaciones internacionales basadas en la negociación de intereses mutuos para las dos partes³³⁷.

En un Estado de Derecho, el reforzamiento del control fronterizo, a través del fortalecimiento de los agentes y autoridades participantes, requiere de un marco legal que lo determine. Podemos dudar si la legislación que establecen Estados como Malí o Níger contra el tráfico de personas responde el objetivo de proteger los derechos de los migrantes o, más bien, pretende proteger los

³³⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

³³⁷ Acuerdo 2005/483/CE de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000.

intereses del propio Estado. EUCAP Sahel Níger, por ejemplo, es un programa europeo que tiene como objetivo la lucha contra el tráfico de personas, aunque desde el contexto de la lucha contra el crimen organizado y contra el terrorismo. El objetivo es formar los cuerpos y las fuerzas de seguridad de estos Estados³³⁸.

El fortalecimiento institucional es, sin duda, el marco perfecto para justificar la “externalización” de políticas de persecución de hechos sancionables, bien penalmente o bien por vía administrativa. Los acuerdos y las normas al efecto hacen constantes referencias de forma genérica a la lucha contra el tráfico de personas, así como el fortalecimiento y la formación de los diferentes operadores jurídicos, pero no definen el marco normativo nacional específico en el que se debe desarrollar dicha persecución³³⁹. No existe exigencia alguna al Estado de tránsito migratorio para el establecimiento de un marco normativo propio que dote de legalidad, seguridad y mecanismos de control efectivo a sus fuerzas de seguridad en el marco del control fronterizo. El objetivo de este plan es únicamente la formación y capacitación de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, del poder judicial o incluso del Ejército. Carece en todo caso de ninguna referencia jurídica o normativa sobre el deber ser del régimen sancionador aplicable al delito de tráfico de personas y la inmigración irregular.

En este sentido es relevante acudir a la legislación nacional de Níger en la que se sanciona el tráfico de personas. El tipo penal en cuestión sanciona con pena privativa de libertad de entre cinco y diez años a aquel que facilite con ánimo de lucro, la entrada o la salida irregular de un inmigrante del país³⁴⁰. Resulta interesante reseñar cómo el legislador evidencia el carácter transitorio

³³⁸ Council Decision 2014/482/CFSP of 22 July 2014 amending Decision 2012/392/CFSP on the European Union CSDP mission in Niger (EUC AP Sahel Niger).

³³⁹ Acuerdo 2005/483/CE de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000. Como se menciona en el artículo 13 del acuerdo de Cotonú, se refiere a los derechos humanos de forma genérica, pero no se definen los marcos normativos sobre los que se debe asentar esta cooperación con los Estados de la Unión.

³⁴⁰ Code penal et Code de procédure pénale, (Loi n° 61-27 du 15 juillet 1961, portant institution du Code pénal, Journal Officiel spécial n° 7 du 15 novembre 1961, avec la refonte de toutes les modifications intervenues ultérieurement jusqu'en Janvier 2018), Loi n° 2015-36 du 26 mai 2015, relative au trafic illicite de migrants

de la migración que transcurre por su país, al sancionar también la salida irregular. La misma normativa señala el tratamiento de los inmigrantes irregulares que son objeto del tráfico de personas. Incide en la devolución al país de origen y el internamiento del extranjero, respetando lo establecido en las principales convenciones de derechos humanos, pero sin precisar en ningún momento, la existencia de un procedimiento administrativo que lo regule³⁴¹.

Los acuerdos bilaterales firmados por la Unión Europea con Turquía y de Italia con Libia, constituyen igualmente marcos jurídicos fundamentales de la política exterior comunitaria en materia migratoria³⁴².

El memorando de entendimiento entre Libia e Italia incluye la operación Sophia que desarrolla una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional para luchar contra las redes de tráfico de personas, prevenir flujos de migración irregular y evitar que muera más gente en el mar. Su objetivo es visitar, registrar, apresar y desviar en alta mar, pero también en aguas territoriales libias los buques sospechosos de ser utilizados para el tráfico ilícito o la trata de seres humanos³⁴³. En todo caso, no se deduce claramente si van a desviar o apresar al traficante y su embarcación, y si por lo tanto van a procesarle en Italia; porque en todo caso es muy probable que no lo fuera a ser en Libia. De esta forma, esta norma no determina la jurisdicción de alguno de los dos Estados, por cuanto no establece criterios de competencia, sino que deja la decisión en manos de la propia embarcación. En todo caso, resulta difícil considerar que Libia pueda poner en marcha un aparato institucional acorde a las exigencias de un Estado de Derecho, cuando la

³⁴¹ DAUCHY, A., La loi contre le trafic illicite de migrant-es au Niger. État des lieux d'un assemblage judiciaire et sécuritaire à l'épreuve de la mobilité transnationale, *Anthropologie & développement*, 51 | 2020, p 156.

³⁴² Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016, comunicado de prensa 144/16 , 18.3.2016, Memorando de entendimiento entre el Gobierno italiano y el Consejo Nacional Libio de Transición sobre la gestión de la inmigración, 17 de junio de 2011,

³⁴³ CALVO MARISCAL, L.M., "Cooperación entre la UE y Libia en materia de inmigración y asilo la posible creación de plataformas de desembarco", *RGDE*, N.º. 50, 2020. Todas las actividades se llevan a cabo de acuerdo con las leyes internacionales y bajo la legalidad de la Resolución 2240 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Decisión (PESC) 2015/778 del Consejo, de 18 de mayo de 2015, relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED) OJ L 122, 19.5.2015, p. 31–35

comunidad internacional lo considera un Estado fallido, en el que ningún gobierno tiene el control efectivo del territorio y en el que por tanto la seguridad no está en manos de una única autoridad³⁴⁴. En este contexto, la Unión Europea pretende fortalecer y formar a los operadores jurídicos institucionales. La misión pretende formar y asesorar a cientos de oficiales libios de gestión de fronteras en ámbitos como la seguridad aérea, los controles de vehículos y pasaportes, las buenas prácticas aduaneras, los análisis de riesgos, la cooperación internacional, el rescate y el salvamento marítimo, entre otros. La capacitación de los funcionarios libios fue puesta en duda, ante la existencia de denuncias de violaciones graves de derechos humanos³⁴⁵. En ningún caso, el fortalecimiento institucional vino acompañado de un marco normativo bajo el que realizar las operaciones de retorno a Libia. En este supuesto, de una forma más evidente si cabe, la externalización del control migratorio criminaliza la entrada irregular y al propio inmigrante, por cuanto tras ni siquiera haber alcanzado la frontera europea, el inmigrante es devuelto y corre el riesgo de ser sometido a violaciones graves de derechos humanos, sin posibilidad de ningún amparo judicial.

La externalización del control fronterizo desemboca en definitiva en un proceso de “extraterritorialización” de la jurisdicción de los Estados miembros de la Unión Europea en defensa de su política migratoria y del control de las fronteras exteriores. La jurisdicción no se ejerce por parte de instituciones europeas, sino por parte de agentes y fuerzas de seguridad de los Estados de los países de tránsito migratorio que sancionan la entrada irregular de forma desproporcionada o incluso criminalizan esta infracción y a su responsable mediante la vulneración de los derechos fundamentales.

En este sentido, la lucha contra el traficante de personas ha justificado el ejercicio transfronterizo del régimen sancionador en materia migratoria, a través de programas europeos en aguas internacionales o territoriales, pero también a

³⁴⁴ PI LLORENS, M., “La Unión Europea y la lucha contra los traficantes y tratantes de migrantes en Libia: balance tras el fin de la operación Sophia”, EEI, núm. 40, diciembre 2020, DOI: 10.17103/reei.40.07.

³⁴⁵ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nils Melzer, de 23 de noviembre de 2018, A/HRC/37/50, p. 6 y p. 18

través de convenios bilaterales que habilitan a las autoridades de los países de tránsito, para incluso actuar al margen del estado de derecho.

La sanción penal de la propia entrada irregular busca proteger la política migratoria, no solo del traficante de personas sino también del propio inmigrante. Además, en este sentido, el legislador italiano, por seguir el ejemplo anterior, acude a la sanción penal al considerar que el régimen administrativo sancionador no es lo suficientemente efectivo para la protección de la política migratoria comunitaria, ya que las entradas se siguen produciendo y las sanciones de expulsión no se llevan a cabo. En este contexto, el legislador sanciona penalmente la entrada irregular pero también la voluntad de permanecer irregularmente puesto que las entradas irregulares y el tráfico de personas se siguen produciendo. En definitiva, el legislador busca sancionar al propio inmigrante, y su voluntad de migrar y permanecer, lo que le convierte en enemigo de la política migratoria y en el objeto de un Derecho penal de autor.

3.5. Derecho penal del enemigo extranjero

Como se ha venido viendo en este trabajo, el tipo básico del delito del artículo 318 bis CP tiende a confundir la figura del inmigrante y la que quien le presta ayuda para entrar ilegalmente en España. A esta confusión se añade la construcción del discurso político, mediático e incluso jurídico que responsabiliza en exclusiva al traficante de personas de la inmigración irregular. Por ello, la lucha contra el tráfico de personas representa realmente una lucha contra la inmigración irregular. es la lucha contra la inmigración irregular.

La lucha contra el tráfico de personas justifica no ya la aplicación de un régimen administrativo sancionador que sancione o incluso expulse al inmigrante irregular, sino la aplicación del régimen penal.

En el tipo básico, el traficante de personas pone en peligro la política migratoria del Estado y de la propia Unión Europea y en el tipo agravado pone

en peligro más claramente los derechos de los inmigrantes, en particular su vida y su integridad física.

En realidad, tanto el inmigrante como el traficante de personas ponen en peligro la política migratoria comunitaria y estatal mediante la entrada irregular o la ayuda a la entrada irregular. En este sentido, ante un tipo básico que no diferencia claramente ambas figuras sería, posible incorporar al propio inmigrante al ámbito subjetivo del tipo penal. En última instancia, partiendo de que el bien jurídico protegido es la política migratoria de los Estados, lo cierto es que tanto la conducta del traficante como la del propio inmigrante podrían merecer el mismo “desvalor”, en atención al riesgo que generan para el bien jurídico protegido.

En este punto, resulta relevante acudir al análisis del Derecho comparado, y en particular al Derecho italiano, que acude al Derecho penal en aquellos casos en los que la devolución o la expulsión no es ejecutada o el inmigrante entra de nuevo en el país³⁴⁶. Así, el Código penal italiano, viene a sancionar el incumplimiento de la orden de expulsión o devolución. El TJUE, como se ha visto, censuró esta propuesta por considerar que vulnera la legislación comunitaria³⁴⁷ y que es contradictoria con el verdadero objetivo del régimen sancionador en materia migratoria, que es la expulsión³⁴⁸.

En todo caso, denota por parte de este legislador, un tratamiento gravoso hacia los ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular. Es un supuesto único en que el mero incumplimiento de una sanción lleva aparejado una sanción penal. La Administración no vuelve a ejecutar la sanción

³⁴⁶ Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero" publicado nella Gazzetta Ufficiale n. 191 del 18 agosto 1998 - Supplemento Ordinario n. 139.

³⁴⁷ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Diario Oficial L 348 de 24.12.2008.

³⁴⁸ STJUE, Sala Primera, Hassen El Dridi, alias Soufi Karim c. Italia, (asunto C-61/11 PPU, El Dridi) , de 28 de abril de 2011,, European Court Reports 2011 I-03015. STJUE, Gran Sala, Alexandre Achughbabian contra Préfet du Val-de-Marne. Petición de decisión prejudicial: Cour d'appel de Paris – Francia. Asunto C-329/11, de 6 de diciembre de 2011, Recopilación de la Jurisprudencia 2011 I-12695.

administrativa, sino que desiste de la misma y acude a otro régimen sancionador ante la falta de éxito. Esta propuesta presenta al inmigrante irregular como incapaz de respetar la norma. La Administración sanciona penalmente la voluntad del inmigrante de quedarse en el país de destino migratorio. Así, el ánimo, el fuero interno y la motivación del proyecto migratorio, también es objeto de sanción penal. La legítima voluntad de permanecer en el país de destino se presenta como un ánimo delictivo. De acuerdo con esta propuesta, el legislador considera al inmigrante irregular incapaz de respetar el derecho administrativo sancionador y por ello, solo cabe acudir al Derecho penal.

El inmigrante irregular deviene en sí mismo una amenaza para el Estado y su política migratoria. La entrada irregular ya es objeto de sanción en la legislación de extranjería, pero el tipo penal básico del delito de tráfico de personas podría encaminarse hacia el Derecho penal de autor.

Sin duda, el tipo básico del delito de tráfico de personas es un claro ejemplo de expansión del Derecho penal por cuanto se produce un anticipativo punitivo a la lesión del bien jurídico. *Cancio Meliá* ha señalado el contexto “de expansión” en que parece moverse el Derecho penal moderno, una expansión que conduce a un Derecho penal de la puesta en peligro. En la construcción del Derecho penal de autor, *Cancio Meliá* identifica un “especial significado simbólico” del proceso de criminalización que no identifica un determinado tipo de hecho, sino un determinado tipo de autor, que es enemigo del Estado y de su política migratoria.

En su propuesta relativa al Derecho penal del enemigo, Jakobs define esta figura como aquellas “no personas” que no garantizan el cumplimiento de la norma, por lo que no se les debe reconocer derechos; frente a ellos solo vale la coacción³⁴⁹. Considera así que ha abandonado el derecho ya que no garantiza el mínimo de “seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta. En este sentido, el inmigrante irregular que incumple el

³⁴⁹ CANCIO MELIÁ, M., “Derecho Penal del Enemigo”, en: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho Penal de Enemigo, Madrid: Editorial Thompson Civitas, 2003, P 74.

régimen sancionador migratorio se convierte en un enemigo según la definición propuesta por Jakobs, ya que justamente no se puede esperar de su parte el respeto de la legislación de extranjería. Así, el afán por alcanzar y permanecer en el país de destino, aun cuando sea de forma irregular, determina una incertidumbre e inseguridad en la aplicación y el respeto de la legislación de extranjería por la que Jakobs considera que el Derecho penal es el instrumento adecuado. En este sentido, el incumplimiento del régimen sancionador de extranjería por parte del inmigrante irregular y del traficante de personas, pero también su aplicación ineficaz, califica al inmigrante como enemigo de las políticas migratorias que por ambos motivos ameritan protección penal. Por ello, el delito de tráfico de personas supone una clara representación de esta propuesta por cuanto pese a que el propio Código penal lo enmarca en la protección de los derechos de los propios inmigrantes, la jurisprudencia y parte de la doctrina les priva del estatus de víctima y evidencian que el bien jurídico objeto de protección es otro, la protección de las políticas migratorias³⁵⁰. Para la defensa de estas políticas, el Derecho penal del enemigo acude al adelantamiento punitivo que constituye una reacción del ordenamiento jurídico contra individuos peligrosos o “no personas”³⁵¹.

Justamente la lucha contra la inmigración irregular desde el Derecho penal a través de la figura del traficante de personas constituye un ejemplo perfecto de Derecho penal simbólico ya que como señala *Cancio Meliá*, el legislador persigue, en este supuesto, el objetivo de dar la “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”, es decir, que en estos ámbitos hay una discrepancia entre los objetivos invocados por el legislador y los agentes políticos que conforman las mayorías de éste y la “agenda real” oculta bajo aquellas declaraciones expresas.

³⁵⁰ CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ‘¿Derecho Penal’ del enemigo?”, en: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Eds.), *Derecho Penal de Enemigo, el discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Dde F, 2006, p. 345.

³⁵¹ AMBOS, K., “Cuadernos de conferencias y artículos nº 41, Centro de investigación en filosofía y derecho, *Derecho Penal del enemigo*”, Universidad del Externado Colombia, 2007, p 36.

En este sentido, como ya se ha reseñado, este tipo penal resulta paradigmático por cuanto la doctrina y la jurisprudencia han venido debatiendo sobre el verdadero bien jurídico objeto de protección. En este debate jurídico, el traficante de personas se sitúa en su epicentro por cuanto justifica la sanción penal de la ayuda a la entrada irregular, a través de un relato en el que inmigrante no es dueño de su proceso migratorio y desconoce en todo momento los riesgos a los que va a hacer frente, no siendo así más que un mero objeto mercantilizado y no un sujeto. Esta visión paternalista sobre el proceso migratorio se justifica en la figura del traficante como victimario, pero en vez de justificar la protección de los derechos del inmigrante, ampara la política migratoria estatal. De esta forma, la figura del traficante de personas justifica la represión de la inmigración irregular por la vía del Derecho penal, ante una confusa propuesta del ámbito subjetivo. El traficante de personas deviene así en el símbolo y fundamento de la lucha contra la inmigración irregular tanto desde el Derecho administrativo sancionador como desde el Derecho penal. Pero realmente, el carácter simbólico reside en la sanción y en la falta de incidencia de la solución en términos instrumentales. La criminalización tiene realmente motivaciones políticas o incluso mediáticas³⁵².

En este sentido, ya se ha reseñado cómo desde la reunión del Consejo Europeo en Tampere en el año 1999 se ha construido el discurso contra el traficante de personas, responsabilizándolo en exclusiva de los flujos de inmigración irregular³⁵³. De este modo, el legislador penal señala al traficante de personas, pero aun así no consigue que, por ello, los flujos migratorios irregulares se detengan. El legislador lo que hace, en última instancia, es ofrecer un chivo expiatorio de un fenómeno que es imparable y del que no es el único responsable.

Por todo ello, podemos calificar el Derecho penal del enemigo como un Derecho penal de autor que como señala *Cancio Meliá* se produce tras una

³⁵² CANCIO MELIÁ, M., "De nuevo: '¿Derecho Penal' del enemigo?", en: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Eds.), "Derecho Penal de Enemigo, el discurso penal de la exclusión", Vol. 1, Dde F, 2006, p. 333.

³⁵³ Conclusiones de la Presidencia en el Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, en SN 200/99.

construcción social y política del “otro”. La esencia del concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que éste constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos. En este sentido, tanto el inmigrante como el traficante de personas son peligrosos para el Estado por cuanto en su afán de entrar y permanecer en España, desobedecen o incumplen el régimen sancionador administrativo y muestran así su falta de eficiencia. Esta confusión o amalgama entre ambas figuras incide en señalar al tipo penal del delito de tráfico de personas como un ejemplo de Derecho penal de autor por cuanto no se puede establecer una clara diferencia entre la entrada irregular y la ayuda a la misma, aceptando implícitamente que tanto el traficante como el traficado suponen una amenaza para el bien jurídico protegido por la norma.

La puesta en peligro que amerita la sanción penal proviene de la persona del autor para el Estado y no realmente del propio proceso migratorio. Por ello, en la protección penal de un bien jurídico de carácter estatal, el Derecho penal del enemigo se convierte en un instrumento no solo de la política migratoria sino también de control social³⁵⁴. Su régimen sancionador, sin duda, es parte de un instrumento de control de un fenómeno social como es la inmigración, confirmando de esta forma la expansión del Derecho penal hacia la defensa de un bien jurídico no tanto de carácter colectivo sino esencialmente estatal, desde el que se justifica una anticipación punitiva.

La entrada irregular ameritaría sanción penal por poner en peligro la política migratoria debido a su carácter repetitivo e impacto global. Es evidente que una sola entrada irregular no puede determinar un desvalor penal ya que por sí mismo, no pone en peligro la política migratoria estatal. Solo entonces, un enfoque global y colectivo del fenómeno migratorio justifica la expansión del Derecho penal, con el objetivo de proteger una política migratoria estatal y comunitaria.

³⁵⁴ IGLESIAS SKULJ, A., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control.”, tesis doctoral, Universidad de Salamanca. 2009, P 357.

El derecho administrativo sancionador actúa ante cada infracción administrativa, gestionando así el control fronterizo ante los miles intentos de entrada, pero no responde suficientemente a la verdadera amenaza de la política migratoria, el afán, la voluntad y la persona del propio inmigrante.

La voluntad de construir un proyecto personal en el país de destino, pese a todas las dificultades que pueda suponer la aplicación del régimen sancionador, es el objetivo del propio inmigrante. Por todo ello, se castiga al inmigrante tras el acto de entrada. El desvalor penal que surge del Derecho penal de autor se establece desde la mera presencia, tras el acto de entrada.

Así el enemigo es la voluntad y el fuero interno del inmigrante, que determina esta presencia física, casi como un símbolo del desafío contra la política migratoria, lo que le convierte en el verdadero enemigo de la política migratoria estatal. Con este objetivo, el Derecho penal de autor es el único instrumento jurídico que puede sancionar la esencia del proceso migratorio, en el que su protagonista hace frente y se resiste al régimen administrativo sancionador.

La sanción de la ayuda a la entrada irregular deviene un ejemplo paradigmático de la expansión del Derecho penal por cuanto abre el camino de la anticipación punitiva a través de la sanción de la puesta en peligro de un bien jurídico no ya colectivo sino estatal. De esta forma, tanto el que entra de forma irregular como aquel que le presta ayuda ponen en peligro el mismo bien jurídico y por lo tanto no existe una relación de víctima y victimario. Por ello, el Derecho penal, en el delito de tráfico de personas, busca expandir tanto el ámbito subjetivo como el bien jurídico protegido, determinando así un instrumento sancionador que acude a la esencia del proceso migratorio, la firme voluntad del inmigrante.

3.6. Conclusiones

El hecho de convertir las políticas migratorias de los Estados y de la Unión Europea en el bien jurídico protegido en el tipo básico del delito de tráfico de personas, ha dado lugar a una confusión entre las figuras del inmigrante y del que le ayuda en el proceso de entrada irregular, en la medida en que ambos ponen en riesgo el mismo bien jurídico.

El estudio del Derecho comparado ha mostrado las propuestas de sanción penal para el inmigrante ante el incumplimiento de la sanción administrativa de expulsión. Pese a que el TJUE ha determinado que no es compatible con la legislación comunitaria, se trata de un precedente relevante que puede marcar el camino de futura “criminalización” no solo de la entrada irregular, sino también del propio inmigrante irregular y de su afán en migrar³⁵⁵. Por el riesgo de que se criminalice el incumplimiento de la expulsión, resulta relevante analizar las problemáticas y las consecuencias de la sanción penal de la entrada irregular.

La mera entrada irregular de un inmigrante no pone en peligro las fronteras de un Estado y su política migratoria. Sólo la reiteración de este proceso puede suponer, desde un análisis global, algún riesgo para el bien jurídico protegido. La ayuda a la entrada irregular sería un delito de peligro abstracto por mera acumulación.

Por este motivo, el tipo básico del delito de tráfico de personas es un claro ejemplo de expansión del Derecho penal hacia la sanción de acciones no lesivas de bienes jurídicos. De esta forma, el análisis de riesgos para la política migratoria y el control y gestión de sus fronteras deviene objeto de interés del legislador penal.

Esta anticipación punitiva a acciones típicas “pre-lesivas”, supone un acercamiento al análisis actuarial del derecho administrativo sancionador. Como bien ha señalado *Silva Sánchez*, el Derecho penal corre el riesgo de sufrir un

³⁵⁵ STJUE, Sala Primera, Hassen El Dridi, alias Soufi Karim c. Italia, (asunto C-61/11 PPU, El Dridi, de 28 de abril de 2011, , European Court Reports 2011 I-03015. STJUE, Gran Sala, Alexandre Achughbabian contra Préfet du Val-de-Marne. Petición de decisión prejudicial: Cour d'appel de Paris – Francia, de 6 de diciembre de 2011, Asunto C-329/11. Recopilación de la Jurisprudencia 2011 I-12695.

proceso de “administrativización” que desnaturalice el concepto de “desvalor” penal. De acuerdo con *Silva Sánchez*, los nuevos tipos penales que protegen bienes jurídicos estatales o colectivos cuyo “desvalor” penal se encuentra no ya en la lesión de un bien jurídico, sino en su puesta en peligro, no deben determinar una pena privativa de libertad como sanción.

Denomina este proceso de tercera vía del Derecho penal, que permite un Derecho penal más flexible en cuanto a sus garantías, como sería el caso de los delitos de peligro, siempre que suponga una menor pena o una pena no privativa de libertad. Propone así esta tercera vía intermedia, que busca limitar los efectos de un Derecho penal en expansión.

La propuesta normativa italiana intentó acudir a la sanción penal ante el incumplimiento de las sanciones administrativas de expulsión y obtuvo un pronunciamiento reprobatorio del TJUE al señalar su incompatibilidad con la normativa comunitaria³⁵⁶. Por ello, la externalización jurídica del control fronterizo en terceros países resulta un instrumento necesario para poder acudir a la sanción penal como instrumento de control y represión de los flujos migratorios.

El reforzamiento de las fronteras exteriores de la Unión Europea constituye uno de los principales ejes de la política migratoria comunitaria. Para la consecución de este objetivo y, por lo tanto, del control y la represión de los flujos migratorios, se requiere de una política exterior comunitaria en materia migratoria entre los Estados de los países de origen y tránsito migratorio. El marco de los acuerdos de Cotonú³⁵⁷, los acuerdos bilaterales con los países de tránsito y las propuestas del nuevo Pacto sobre inmigración en el seno de la Unión Europea³⁵⁸,

³⁵⁶ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Diario Oficial L 348 de 24.12.2008.

³⁵⁷ Acuerdo de asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000, 2000/483/CE, Diario Oficial L 317, 15.12.2000.

³⁵⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: on a New Pact on Migration and Asylum. Brussels, 23.9.2020COM (2020) 609 final.

han vinculado la cooperación internacional para el desarrollo con el control y represión de flujos migratorios.

El control del flujo migratorio por parte de las autoridades de un país de tránsito migratorio requiere de un régimen sancionador y del fortalecimiento de los operadores jurídicos y policiales³⁵⁹. La expansión del Derecho penal sobre el control del proceso migratorio se externaliza a los regímenes sancionadores de los Estados de los países de tránsito migratorio. La represión penal del flujo migratorio, en situaciones de tránsito, acompañada de un fortalecimiento institucional y policial, resulta más efectiva e interesante para el Estado del país de destino por cuanto puede aplicar sin limitaciones el régimen penal, “invisibilizar” el flujo migratorio hacia el país de destino y así evitar que el intento de entrada irregular llegue a producirse.

La delegación en un tercer Estado de la represión penal del flujo migratorio permite esquivar la normativa comunitaria e interna, así como los sistemas de control y revisión de los poderes judicial y legislativo en el marco de un estado de derecho. La persecución penal no se produce entonces solo por la entrada irregular en el país de destino cuando todavía no se ha producido, sino que tiene como objetivo la represión del flujo migratorio. De esta forma, la “externalización” jurídica del control migratorio constituye un instrumento de persecución del propio inmigrante y no de sus acciones. Por ello, la sanción penal de la entrada irregular reúne varios de los elementos que caracterizan el Derecho penal del enemigo.

El análisis de las consecuencias y problemáticas de la sanción penal de la entrada irregular tiene por objeto detectar los riesgos que supone un Derecho penal en expansión a la merced de los intereses estatales.

³⁵⁹ Council Decision 2014/482/CFSP of 22 July 2014 amending Decision 2012/392/CFSP on the European Union CSDP mission in Niger (EUC AP Sahel Niger).

Por ello, es necesario realizar una propuesta del tipo penal del delito de tráfico de personas que no permita sancionar la entrada irregular y, por ende, al propio inmigrante.

4. PROPUESTA DE UN TIPO PENAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS QUE NO SANCIONE LA ENTRADA IRREGULAR

Para que la aplicación del tipo penal del delito de tráfico de personas del artículo 318bis de nuestro Código Penal no permita la sanción de la entrada irregular ni del inmigrante, es necesario realizar una nueva propuesta.

La propuesta clásica se enfoca en proteger exclusivamente los derechos de los inmigrantes irregulares, dejando entonces la protección de las políticas migratorias estatales al marco administrativo sancionador. Por ello, se debería eliminar definitivamente el tipo penal básico y modificar la infracción administrativa correspondiente para que recoja los supuestos de ayuda lucrativa que no pongan en peligro la integridad física del inmigrante irregular. La ayuda no lucrativa debería quedar impune tanto a nivel penal como administrativo.

El nuevo tipo básico del delito de tráfico de personas sancionaría la ayuda a la entrada irregular por parte de un autor que pertenezca a una organización criminal. De esta forma, en la línea de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada internacional, que propone sancionar exclusivamente a los autores miembros de una organización criminal, se eliminaría todo riesgo de sanción para el propio inmigrante y para aquel que le presta la ayuda humanitaria.

De la misma manera, la propuesta intenta visibilizar otras problemáticas como la migración forzada, el asilo político y/o el refugio. La política legislativa criminal en materia migratoria no puede obviar los compromisos internacionales

que, respecto a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados³⁶⁰, han adquirido la mayoría de los Estados de la Comunidad internacional, entre ellos España.

4.1. La eliminación del tipo básico del artículo 318 bis CP

El tipo básico actual presenta una acción típica confusa y limitada al uso del verbo “ayudar” y, además, no exige ánimo de lucro al autor. Por ello, no es fiel a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos³⁶¹. Además, es difícil concebir un supuesto típico básico en el que no obre por parte del autor, ni ánimo de lucro ni humanitario.

Para delimitar definitivamente el ámbito subjetivo del tipo penal, es importante que el tipo penal solo sancione aquellos supuestos en los que el autor actúa movido por el ánimo de lucro y forma parte de una organización criminal.

El establecimiento de un nuevo tipo básico que sanciona el tráfico de personas por parte de una organización criminal transnacional, en los términos de la Convención de Naciones Unidas, protege igualmente la política migratoria estatal y comunitaria, pero encuentra su fundamento en la amenaza transnacional que suponen estas organizaciones. De esta forma, la amenaza para el Estado no proviene del inmigrante, sino de la organización criminal transnacional, en sintonía con la Convención internacional³⁶².

³⁶⁰ Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York, el 31 de enero de 1967. BOE número 252, de 21 de octubre de 1978.

³⁶¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

³⁶² DAUNIS RODRIGUEZ, A., “El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria” COMARES. Granada 2008. Página 285.

Algunos autores se cuestionan si no es suficiente la protección otorgada por los tipos penales tradicionales previstos con carácter general. Si lo que realmente se castiga son las lesiones o el peligro que sufren los extranjeros objeto del tráfico y no el tráfico en sí mismo, podría ser suficiente incriminar tales conductas mediante los delitos ya recogidos en el Código Penal³⁶³. La eliminación del tipo básico es una decisión sencilla y necesaria para delimitar definitivamente los supuestos de sanción penal y administrativa de la infracción de tráfico de personas.

4.2. Propuesta para una nueva infracción administrativa relativa al tráfico de personas

La infracción administrativa relativa al tráfico de personas sanciona la inducción, promoción o favorecimiento de la entrada irregular, con ánimo de lucro, de forma individual o como parte de una organización criminal, con destino o tránsito hacia España, siempre que no constituya delito³⁶⁴.

La redacción actual tiene difícil aplicación pues sanciona un supuesto más grave que el tipo básico del delito de tráfico de personas. La eliminación de este último permitiría variar la propuesta de la infracción administrativa para que fuera complementaria y coherente con una nueva redacción del tipo penal.

La acción típica se debe ceñir al uso del verbo “ayudar” en el sentido del tipo penal propuesto desde la normativa comunitaria³⁶⁵. Con el objeto de evitar

³⁶³ Ver en LAURENZO COPELLO, P., “El modelo de protección penal de los inmigrantes, de víctimas a excluidos”, en CANCIO MELIÁ, M./POZUELO PÉREZ, L. (COORDS.), Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada, Thomson/Civitas. 2008. Páginas 245 y siguientes.

³⁶⁴ Artículo 54.1.b); Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE número 10 de 12/01/2000.

³⁶⁵ Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares Diario Oficial de las Comunidades Europeas. L328/17. 5.12. 2002. Decisión Marco 2002/946/JAI de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia, irregulares. “Diario Oficial de la Unión Europea número 328 de 05.12.2002.

la sanción del que presta ayuda humanitaria o del que también está migrando, la infracción debe sancionar exclusivamente los supuestos realizados con ánimo de lucro, sin que exista participación alguna de una organización criminal, para así diferenciarse del nuevo tipo penal básico.

Así, a diferencia del tipo penal básico, el legislador acude al régimen administrativo sancionador, ya que, pese a que el autor del tipo actúa con ánimo de lucro, no pertenece a una organización criminal transnacional que pueda amenazar suponer una amenaza para el Estado. Es la participación de este potente actor transnacional la que justifica que la protección del Estado amerite una protección penal.

4.3. Propuesta para un nuevo tipo penal del delito de tráfico de personas del artículo 318 bis CP

La nueva propuesta del tipo básico del delito de tráfico de personas debe ser fiel a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada³⁶⁶. La propuesta típica pivota sobre la organización criminal como autora de la acción típica. Para evitar la sanción de la ayuda humanitaria y del propio inmigrante, una vez más debe optarse por la propuesta típica de la norma internacional. El nuevo tipo básico debería diferenciarse de la infracción administrativa por la participación de una organización criminal.

Un nuevo subtipo agravado debe seguir sancionando aquellos supuestos en los que se ponga en peligro la vida de las personas objeto de tráfico o se genere el peligro de producir lesiones graves. No se trataría de la lesión de un bien jurídico, sino únicamente de su puesta en peligro. Si dicha lesión se produjera, existen ya otros tipos penales que sancionan estos actos ilícitos.

³⁶⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

La dificultad técnica específica para la aplicación de esta propuesta consiste en la determinación del grado de puesta en peligro que debe ser considerado punible, pese a la existencia de un consentimiento previo por parte de la persona objeto del tráfico. El consentimiento de la persona, objeto del tráfico, no puede ser general sobre la voluntad de migrar, sino específico y pleno sobre las circunstancias del propio proceso de tránsito migratorio irregular.

La aceptación del tráfico, del pago de un precio por este servicio de tránsito irregular, no significa necesariamente que se deban aceptar todas las circunstancias o situaciones en las que se produce. *Laurenzo Copello* considera que el tipo básico del artículo 318 bis CP, debería formarse de aquellas circunstancias que ponen de manifiesto la involuntariedad del traslado o su realización en condiciones abusivas que denigran o hacen peligrar la integridad del migrante. No cree conveniente incluir una cláusula general de especial vulnerabilidad, pues incidiría aún más en la victimización del migrante³⁶⁷.

De acuerdo con la autora, si lo que se busca es reservar el Derecho penal para proteger a los migrantes de los abusos que los degradan como personas, sería imprescindible que se buscara una configuración del delito de tráfico de personas que permitiera dejar fuera del tipo aquellas situaciones en las que el transporte se realiza en condiciones aceptables y con el pleno y libre consentimiento de la persona trasladada, aun cuando la travesía pudiera poner en peligro la integridad física o la vida del propio inmigrante. .

La justificación del mantenimiento del subtipo agravado se encontraría en la puesta en peligro a la que es sometido el inmigrante, que no debería ser conocida por este, pese a la existencia de un consentimiento previo de carácter general sobre el propio proceso de tránsito irregular. Solo si el inmigrante es conocedor de la puesta en peligro de su vida e integridad física, que va a suponer el proceso migratorio, la acción típica no será punible. En cambio, si el inmigrante desconoce el peligro al que se va a exponer, la acción típica si que

³⁶⁷ LAURENZO COPELLO, P., "El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos", Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Naciones Autónoma de México. Página 163.

podrá ser punible. Por ello, el consentimiento del migrante no debe ser general sino pleno y relativo a las circunstancias en las que se va a realizar dicho tránsito migratorio irregular³⁶⁸.

Por lo tanto, la propuesta consistiría en mantener como tipo básico el tipo penal propuesto en la Convención de Naciones Unidas y sus protocolos³⁶⁹. La sanción penal no debe limitarse a los supuestos de ánimo de lucro, sino que debe centrarse en la persecución de las organizaciones criminales de carácter transnacional. A su vez, el subtipo agravado deberá determinar una puesta en peligro de la vida o la integridad física del inmigrante.

4.4. Obligaciones internacionales del Estado en materia de protección internacional

En el supuesto de que la solicitud de protección internacional en un puesto fronterizo sea admitida a trámite, no se puede considerar que esta entrada, se produzca en infracción de la legislación de extranjería española. Con base en el principio de no devolución, de acuerdo con la legislación migratoria, ninguna entrada en territorio puede ser considerada irregular desde el momento en que

³⁶⁸ Daunis Rodríguez realiza una propuesta de “*lege ferenda*” mediante la cual pretende aclarar que el bien jurídico objeto de protección penal son los derechos o bienes de los ciudadanos extranjeros. El tipo propuesto solo sanciona el tráfico de personas cuando se produce con violencia, intimidación o engaño, cuando se pone en peligro la vida del propio migrante o en el caso de que este sea menor o incapaz. El autor propone que se apliquen las penas en grado superior cuando se cumplan dos o más de las circunstancias anteriores. Se aplicarán las penas en su mitad superior cuando el culpable pertenezca a una “organización o asociación que se dedique a la realización de tales actividades, o realizase los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad o funcionario público.” Concluye reafirmando la necesidad de configurar un bien jurídico colectivo que establezca un tipo específico para estas conductas, y así, evitar recurrir a las figuras tradicionales de homicidio, lesiones o amenazas. Daunis Rodríguez, A. “El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria”. Editorial Comares. Granada 2009.

³⁶⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

se realiza la solicitud de protección internacional y, desde luego, desde que esta es admitida a trámite.

La Decisión Marco europea³⁷⁰, recuerda, en su artículo 6, la necesidad de que los Estados cumplan con sus obligaciones recogidas en los artículos 31 y 33 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los Refugiados³⁷¹.

El artículo 31 recoge que los Estados no impondrán sanciones penales a los refugiados por causa de entrada o presencia ilegales, aunque hayan entrado o se encuentren en el territorio del Estado de protección sin autorización de residencia. El artículo 33, por su parte, recoge el principio de “non refoulement”.

Por lo tanto, el tipo penal de tráfico de personas en el Código penal español debería recoger esta salvaguarda específica relativa a los solicitantes de asilo para que no quedase duda alguna respecto a la atipicidad de este supuesto.

4.5. Propuesta de una nueva redacción del artículo 318 bis. CP

1. El que ayude con ánimo de lucro, desde el seno de una organización dedicada a estas actividades, en la entrada o tránsito a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, de un modo que vulnere la legislación sobre entrada, tránsito y permanencia de extranjeros, será castigado con la pena de multa de doce a 24 meses o prisión de un año a tres años, cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior.

³⁷⁰ Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia, irregulares (2002/946/JAI). Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 05/12/2002. L 328/1.

³⁷¹ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Instrumento de adhesión de España. Publicado en BOE número 252 de 21 de octubre de 1978.

2. Cuando sin el consentimiento pleno e informado de las personas objeto de la infracción, se hubiera puesto en peligro su vida o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves, se aplicará la pena en un grado superior.

CONCLUSIÓN

El estudio jurídico de la entrada de un extranjero en el territorio de un tercer país sintetiza varias de las principales características del proceso migratorio. Es la acción final del proceso migratorio que se produce en el lugar más característico, la frontera, que enfrenta a sus dos principales protagonistas, el Estado soberano, garante de la misma y el ciudadano extranjero, titular de derechos inalienables, que intenta acceder a la misma.

La entrada en el territorio de un tercer país representa el conflicto jurídico entre la potestad soberana del Estado y los derechos del ciudadano extranjero. El estudio del régimen sancionador aplicable a la entrada de un inmigrante en el territorio de un tercer país permite analizar el tratamiento del fenómeno migratorio desde el Derecho penal y desde el Derecho administrativo sancionador. Y es, sin duda, en el régimen sancionador donde surgen los conflictos jurídicos más relevantes con las más significativas consecuencias para el Derecho penal y la teoría general del delito.

El estudio de la infracción de la entrada irregular constituye una gran oportunidad para analizar la evolución y expansión del Derecho penal. Las diferentes fuentes del derecho fundamentan y justifican una mayor utilización del Derecho penal como herramienta fundamental en el control de los flujos migratorios.

Por ello, el estudio del régimen sancionador aplicable al incumplimiento de los requisitos de entrada constituye una excelente oportunidad para analizar la pertinencia y las consecuencias del uso del Derecho penal como herramienta jurídica para el control de los flujos migratorios. Con el fin de analizar el alcance de la aplicación del régimen sancionador penal a la entrada irregular y al fenómeno migratorio en general es necesario acudir al Derecho internacional, al Derecho comunitario y al Derecho interno español.

Desde el Derecho internacional, los Estados soberanos consideran que la norma convencional es un elemento indispensable en la lucha contra la delincuencia organizada internacional. Con este objetivo, definen la delincuencia organizada y tipifican el delito de tráfico de personas. La norma delimita la autoría a la delincuencia organizada y excluye al propio inmigrante y al miembro de la organización humanitaria de la descripción típica. No es una norma de derechos humanos, ya que su objetivo es articular una propuesta sancionadora conjunta desde la comunidad internacional. No reconoce al inmigrante como víctima del delito, vincula la inmigración irregular con la organización criminal transnacional y si bien, no sanciona al inmigrante por dicho delito, no impide que los Estados le puedan sancionar penalmente por cualquier otra infracción, como puede ser la propia entrada irregular.

El principio de legalidad y el respeto de los derechos humanos inherentes a la persona constituyen obligaciones internacionales que los Estados deben incorporar a las políticas migratorias. Sin embargo, el Derecho internacional no determina el régimen sancionador aplicable a la infracción de la entrada irregular y por ello, no delimita el uso del régimen penal. El reconocimiento de derechos a los inmigrantes irregulares ante un procedimiento sancionador en materia migratoria es reconocido desde la jurisprudencia y la doctrina, pero no directamente desde la norma convencional. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos señalan la importancia del reconocimiento del derecho a un recurso efectivo y suspensivo ante la incoación de un procedimiento sancionador en materia migratoria, pero la práctica administrativa y jurisprudencial muestran dificultades en el reconocimiento de su carácter suspensivo, especialmente ante procedimientos acelerados de devolución en frontera. En definitiva, la aportación del Derecho internacional a las políticas migratorias de los Estados es limitada, ya que no establece obligaciones relevantes a los Estados soberanos ni reconoce derechos a las víctimas, ni se posiciona respecto del régimen sancionador aplicable.

La construcción de la Unión Europea como organización política a través de sus sucesivos tratados, ha justificado la fundamentación de la política migratoria comunitaria y por extensión, la de sus Estados miembro. El reconocimiento de la ciudadanía europea y la libertad de circulación en el seno del espacio de libertad, seguridad y justicia, fundamentan el régimen sancionador comunitario en materia migratoria. Los tratados fundamentales de la Unión Europea vinculan definitivamente el establecimiento del espacio de libertad, seguridad y justicia con el reforzamiento de las fronteras exteriores de la Unión, la determinación de una política migratoria europea, convirtiéndolo en el bien jurídico objeto de protección del régimen sancionador comunitario.

El discurso contra el traficante de personas ha sido promovido principalmente desde las Instituciones europeas y ha justificado la adopción de normas comunitarias como la Directiva y la Decisión Marco relativas al delito de tráfico de personas, o la Directiva 2008/115, de 16 de diciembre. Es desde el Consejo Europeo de Tampere de 1999 que se ha construido un discurso de integración de la inmigración documentada y de lucha contra la inmigración irregular y contra el traficante de personas. Así, pues, es la situación administrativa la que determina el tratamiento de los ciudadanos extranjeros. Además, se vincula a la inmigración irregular con el traficante de personas, al considerarlo responsable en exclusiva de los flujos migratorios irregulares.

En definitiva, el Derecho comunitario aporta bases sólidas al régimen sancionador migratorio, proponiendo un bien jurídico objeto de protección y construyendo un discurso político que lo fundamenta. La norma comunitaria deja en manos de los Estados el establecimiento de una sanción para la ayuda humanitaria, en contraposición a la propuesta de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, que limita la autoría a los miembros de las organizaciones criminales.

La normativa comunitaria, a través de la Directiva 2008/115, de 16 de diciembre, determina la sanción de expulsión para la infracción de la entrada irregular. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda la primacía de esta sanción por lo que considera que, ante el incumplimiento de las sanciones

administrativas de expulsión o devolución, una sanción penal privativa de libertad es incompatible con el objetivo del régimen administrativo sancionador, la expulsión. De esta forma, no descarta la sanción penal de la entrada irregular, si tuviera carácter pecuniario.

La sanción aplicable a la ayuda a la entrada irregular en el territorio de un tercer es objeto de desarrollo en la legislación comunitaria, ofreciendo una redacción del tipo penal que dista de la propuesta realizada desde la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional y sus protocolos. La propuesta del delito de tráfico del artículo 318bis del Código Penal, recoge esencialmente las propuestas de la Directiva europea y la Decisión Marco. El tipo básico sanciona entonces, la ayuda sin ánimo de lucro, sin que su autor pertenezca a una organización criminal y sin que se produzca ningún daño o puesta en peligro para el inmigrante.

Este tipo penal centra el estudio de la sanción de la ayuda a la entrada irregular en España. El bien jurídico objeto de protección en este tipo penal ha sido materia de debate entre un sector de la doctrina y de la jurisprudencia española. Si bien en un primer momento, intentó justificarse en la protección de los derechos de los propios inmigrantes, recientemente se han decantado por el carácter pluriofensivo del bien jurídico. La doctrina y la jurisprudencia reconocen así, la política migratoria estatal como el bien jurídico objeto de protección en el tipo básico del delito, dejando la protección de los derechos de los inmigrantes en el subtipo agravado relativo a la puesta en peligro. El tipo básico no exige el ánimo de lucro ni la pertenencia a una organización criminal por parte del autor de la acción típica, dejando impune el supuesto de ayuda humanitaria.

De esta forma, el tipo básico del delito de tráfico de personas y la infracción administrativa correspondiente protegen el mismo bien jurídico, la política migratoria estatal. Por ello, resulta relevante analizar las consecuencias y las problemáticas que evidencia la protección penal de las políticas migratorias, a través de la sanción de la ayuda a la entrada irregular.

La protección penal de las políticas migratorias provoca una mayor confusión entre ambos regímenes sancionadores, lo que, sin duda, también presenta importantes consecuencias. De facto, la infracción administrativa deviene inaplicable puesto que sanciona un supuesto de hecho más grave, que el tipo básico del tipo penal, al exigir ánimo de lucro. Además, el tipo penal de tráfico de personas del artículo 318bis del Código Penal, es una norma penal en blanco ya que se produce una remisión absoluta a una norma administrativa. Si bien la Ley Orgánica sobre los Derechos y las Libertades de los Extranjeros en España regula de forma somera los requisitos de entrada en España, son el Real Decreto que lo desarrolla y otras órdenes ministeriales, los que realmente detallan los documentos que se han de presentar para entrar de forma regular en España. El cumplimiento de los requisitos de entrada en España debe comprobarse en la regulación reglamentaria que puede introducir la exigencia de nuevos requisitos. La determinación de uno de los principales elementos del tipo penal, la entrada irregular en España queda, por lo tanto, a expensas de una regulación reglamentaria que, además, enfrenta numerosas reformas, modificaciones y diversas prácticas administrativas. Por tanto, resulta discutible que la ley de extranjería, con rango de ley orgánica, reúna los requisitos que determinan la idoneidad de la remisión a la norma penal en blanco.

La determinación y definición del autor del tipo penal del delito de tráfico de personas, es esencial en la delimitación del bien jurídico objeto de protección. El propio inmigrante, el traficante de personas y aquel que le presta ayuda humanitaria, son los principales actores del proceso migratorio. Cada uno de ellos, tiene diferentes responsabilidades y funciones durante el mismo proceso. La protección penal de las políticas migratorias tiene relevantes consecuencias en la definición y la determinación de cada una de estas figuras.

Tras haber utilizado en la definición típica los verbos “promover, facilitar, favorecer”, en su última propuesta el legislador se ciñe al uso del verbo “ayudar” para describir la acción típica. La utilización de un término tan genérico permite imputar la realización de la acción típica a otro inmigrante que también intenta entrar irregularmente en España. Además, una definición de la acción típica tan

vaga e imprecisa, fomenta la criminalización de las personas traficadas, sobre todo en los casos en que realizan alguna actividad en el desarrollo del proceso de tránsito migratorio. Si el autor del tipo penal carece de ánimo de lucro y no pertenece a una organización criminal, el que presta ayuda puede ser también un inmigrante irregular, con un proyecto migratorio propio. La jurisprudencia española identifica al autor del tipo penal en función de las labores realizadas durante la travesía marítima. Los Tribunales Superiores de Justicia, determinan la autoría en los hechos probados de las sentencias, debido al uso de los instrumentos de navegación. En estos supuestos, la propuesta del fiscal aplica el subtipo agravado de puesta en peligro en todos los supuestos de travesía marítima. Cabe recordar que, en estos supuestos, la mayoría de las sentencias son dictadas de conformidad ante las altas penas que permite la sanción por el subtipo penal agravado del delito de tráfico de personas. De esta forma, no existe jurisprudencia en aplicación del tipo básico del artículo 31bis, ya que se valora que toda travesía pone en peligro al propio inmigrante, por lo que se aplica el subtipo agravado.

Una descripción de la acción típica tan genérica y la determinación de la autoría en base a criterios de actividad o funciones realizadas iguala de facto la situación y el estatus del inmigrante y del que le presta ayuda. Ambos afrontan la entrada irregular en los mismos términos. Tanto la acción de entrada como la de ayuda, vulneran las políticas migratorias estatales.

A su vez, la regulación penal de la ayuda humanitaria durante el proceso migratorio evidencia los límites de la protección penal de las políticas migratorias. La normativa comunitaria deja en manos de los Estados miembro la regulación de la sanción penal de la acción humanitaria. La persecución de las acciones de salvamento marítimo realizadas por organizaciones humanitarias evidencia que la protección de sus políticas migratorias es prioritaria respecto a la defensa de los derechos de los inmigrantes, en la sanción del delito de tráfico de personas. Mucha es la casuística y jurisprudencia en Europa que evidencia el intento de los Estados de vincular el delito de tráfico de personas con la ayuda humanitaria en el proceso migratorio. La ayuda humanitaria muestra un proceso migratorio

en el que el propio inmigrante es el protagonista, y que no necesariamente está en manos del traficante de personas en todo momento. Quiebra de esta forma el discurso contra el traficante de personas como único responsable de unos flujos migratorios en los que el inmigrante está totalmente a su merced.

En España, el artículo 318bis determina la atipicidad de los supuestos de ayuda humanitaria, lo que ha sido corroborado por el Tribunal Supremo cuando la propia ayuda no vulnera la dignidad de los inmigrantes y la política migratoria estatal, siempre que no sean reiteradas y no provoquen entradas masivas.

La doctrina y la jurisprudencia que justifica la protección penal de las políticas migratorias, en el tipo básico del delito de tráfico de personas, se sustenta en una visión del proceso migratorio, protagonizada exclusivamente por el traficante de personas y en la que la opinión o el consentimiento del inmigrante carece de toda relevancia. Desde una visión paternalista del fenómeno migratorio, se presenta al inmigrante como víctima de un engaño, una sumisión y una “cosificación” por parte del traficante. Aun así, tampoco es presentado como víctima del tipo penal por cuanto al ser víctima de dicho engaño y coacción, no dispone de sus bienes jurídicos individuales.

La protección penal de las políticas migratorias neutraliza el protagonismo del inmigrante sobre su propio proceso migratorio y su reconocimiento como víctima del delito de tráfico de personas. Aun cuando sus derechos no determinen el bien jurídico objeto de protección, el consentimiento del inmigrante ante la ayuda ofrecida por el traficante supone, sin duda, un importante desafío a la tipicidad del delito de tráfico de personas. La disponibilidad del consentimiento del propio inmigrante resulta determinante aun cuando sus derechos no constituyan el bien jurídico objeto de protección.

La doctrina y la jurisprudencia “infantilizan” al inmigrante al neutralizar su consentimiento y voluntad por el mero hecho de haber llegado a un acuerdo mercantil con el traficante de personas. Es indudable que el consentimiento es válido si la asunción del riesgo que entraña la inmigración clandestina y la entrada irregular es razonable y entendible para el hombre medio. La inmigración

clandestina, en su objetivo de evitar el control fronterizo, se vale de acciones o estrategias que pueden limitar la libertad de movimientos o, incluso, poner en peligro la integridad física o la vida del interesado. Si el propio inmigrante es conocedor de ese riesgo, el consentimiento debe ser tenido en cuenta. En todo caso, si del propio proceso migratorio se deduce la comisión de otros delitos, el Código penal establece otros tipos penales. Es difícil sostener que el inmigrante no sepa que conseguir la entrada irregular en el territorio de un tercer país, no entraña riesgos hacia su propia vida o integridad física, en un contexto en el que el control fronterizo se intensifica, cuando ha tenido que acudir ante la dificultad de conseguirlo por sí mismo.

El inmigrante que se embarca en una travesía marítima conoce y asume los riesgos que ponen en peligro y su integridad física. En todo caso, si durante la misma se producen otros hechos susceptibles de lesionar algún bien jurídico individual de algún inmigrante, existen tipos penales en el Código penal que establecen la sanción correspondiente. Pese a ello, la protección penal de las políticas migratorias, en el tipo básico del delito de tráfico de personas, no permite en definitiva que el consentimiento del inmigrante sea valorado y determine la atipicidad del delito de tráfico de personas.

La Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados establece como obligación estatal la necesidad de garantizar el acceso al procedimiento de protección internacional. Ante esta norma internacional y la naturaleza mixta de los flujos migratorios, en base a la motivación del viaje del migrante, la aprobación y aplicación de una legislación nacional de asilo y refugio, deviene una obligación estatal. De esta forma, el Estado debe aceptar o admitir que se producirán supuestos de ayuda a la entrada irregular, en los términos del tipo del delito de tráfico de personas, que no podrán ser sancionados ante la solicitud de protección internacional del propio inmigrante.

Por ello, la legislación en materia de asilo y refugio deviene en un riesgo permitido en la protección penal de las políticas migratorias estatales. La protección internacional es un riesgo aceptado por parte del legislador penal en la protección de sus fronteras exteriores. Desde el momento, en que la entrada

del inmigrante ya no es irregular de acuerdo con la legislación de asilo y refugio y también la de extranjería, deviene en un hecho atípico.

Siguiendo la hipótesis de este trabajo, se ha analizado como el tipo básico del artículo 318bis que sanciona la ayuda a la entrada irregular, permite, en definitiva, la sanción de la propia entrada irregular. Si tanto el inmigrante irregular, como aquel que le ayuda vulneran con su acción un mismo bien jurídico, la propia entrada irregular, podría ser objeto de sanción penal. Por ello, es necesario, estudiar las consecuencias y las problemáticas que esta sanción determina.

La sanción penal de la entrada irregular debe determinar un desvalor penal para el bien jurídico. La entrada irregular de un inmigrante en el territorio de un tercer país solo puede determinar un desvalor penal para la política migratoria estatal, si se valora el impacto global de una sucesión de entradas irregulares. Si bien la mera peligrosidad justifica la sanción administrativa a través de la ley de extranjería, un número relevante de entradas irregulares supone un peligro abstracto por mera reiteración.

Es relevante acudir al derecho comparado de otros Estados miembro de la Unión Europea que presentan marcos normativos que pueden mostrar la evolución legislativa en España en la materia. Italia, Francia y Alemania han propuesto una sanción penal privativa de libertad ante el incumplimiento de la sanción de expulsión por parte de un ciudadano extranjero en situación administrativa irregular. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que la privación de libertad es incompatible con la expulsión, objetivo del régimen sancionador migratorio, recogido en la Directiva Comunitaria 2008/115, de 16 de diciembre. El Tribunal atiende a la utilidad del régimen penal como instrumento sancionador en materia migratoria, pero no lo cuestiona. Aceptaría por lo tanto una sanción penal de carácter pecuniario.

La sanción penal de la entrada irregular es uno de los principales objetivos de la “externalización” jurídica del control fronterizo. En el control de flujos migratorios con destino a un Estado miembro, la Unión Europea ha incluido la política exterior como uno de los principales ejes de su política migratoria. Las

relaciones bilaterales con países en vías de desarrollo, vincula la cooperación internacional con el control de flujos migratorios en países de tránsito migratorio. La Unión Europea fomenta y financia el fortalecimiento de las instituciones y del marco normativo en el país de origen o tránsito migratorio. Pretende hacer suya la lucha contra inmigración irregular del país de destino, vinculándola con la lucha contra el tráfico de personas. Para la consecución de este objetivo, en algunos países, como Marruecos, se han aprobado sanciones penales privativas de libertad para aquellos inmigrantes que entren irregularmente en su territorio, o los agentes del Estado son responsables de importantes violaciones de derechos humanos de personas de este colectivo.

La ayuda y la propia entrada irregular no suponen una lesión de ningún bien jurídico, sino que, desde una visión global, característica del fenómeno migratorio, determina la puesta en peligro de la protección penal de las políticas migratorias. La vinculación del propio inmigrante con el traficante de personas, confundiendo su participación en el proceso migratorio y negando su cualidad de víctima, encamina el tipo del delito de tráfico de personas hacia un Derecho penal de autor. El tipo penal básico del delito de tráfico de personas constituye un claro ejemplo de Derecho penal del enemigo. La protección penal de las políticas migratorias que puede desembocar en la sanción de la propia entrada irregular evidencia la expansión del derecho penal hacia infracciones “prelesivas” que sancionan al autor no por sus acciones no lesivas, sino por sus características.

De todo ello, podemos deducir la hipótesis de nuestro estudio que sostiene que el tipo básico del delito de tráfico de personas permite sancionar la entrada irregular de un inmigrante en el territorio de un tercer Estado, lo que supone la criminalización jurídica de los ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular, a través de un Derecho penal del enemigo, en expansión en materia migratoria.

Con el objetivo de que el tipo penal del delito de tráfico de personas no permita sancionar la entrada irregular y no desemboque en un supuesto más de un derecho penal del enemigo en expansión, resulta relevante realizar una propuesta típica.

1. La propuesta eliminaría el tipo básico del delito de tráfico de personas recogido en el artículo 318bis. La descripción típica que sanciona la ayuda realizada con ánimo de lucro y sin puesta en peligro debería fundamentar la infracción administrativa de la legislación de extranjería. La ayuda no lucrativa debe quedar impune.
2. El nuevo tipo básico del delito de tráfico de personas debe ser fiel a la propuesta de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, que sanciona la ayuda realizada con ánimo de lucro por miembros de una organización criminal. El subtipo agravado seguirá sancionando aquellos supuestos en los que se produce una puesta en peligro de derechos básicos del migrante como son la vida, su integridad moral y física o su libertad, cuando no haya existido un consentimiento previo o informado sobre este extremo. Cualquier atentado contra estos bienes jurídicos deberá sancionarse por el tipo penal correspondiente.
3. Para evitar cualquier riesgo de criminalización jurídica efectiva de los propios migrantes, es necesario delimitar la autoría del tipo penal a los miembros de una organización o grupo criminal.
4. El consentimiento previo e informado del propio migrante sobre cualquier riesgo que entrañe la acción del tráfico debería determinar que la acción resulte atípica.

Es desde este contexto normativo comunitario, en defensa de los intereses estatales, que se establece una política migratoria que no busca proteger a los migrantes irregulares, sino criminalizarlos, sancionando la entrada irregular en los Estados de la Unión. Esta criminalización penal de los migrantes encuentra justificación en políticas criminales basadas en intereses estatales que precisan de un bien jurídico “maleable” a los dictados del Estado. La construcción de un bien jurídico de carácter estatal permite el sometimiento del Derecho Penal a los criterios de oportunidad de la política exterior, de cooperación o incluso de seguridad nacional, admitiendo así, de forma definitiva, la sanción penal más allá de cualquier legitimidad constitucional y garantista de los Derechos Humanos.

La “externalización” de la política criminal en lo referente a las migraciones transnacionales constituye un magnífico ejemplo para trabajar sobre las consecuencias de estos procesos en la elaboración y determinación del bien jurídico. El tipo penal de tráfico de personas con un bien jurídico “estatalizado”, pone en evidencia no solo la criminalización de los ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular, sino también la difícil legitimación constitucional de la Unión Europea y sus Instituciones, sobre todo, en el área del Derecho Penal.

El tipo del artículo 318bis “abre”, a través del bien jurídico objeto de protección, muestra interesantes y numerosas claves de los procesos actuales de expansión del Derecho Penal. El Derecho Penal de las migraciones y en particular la regulación del delito de tráfico de personas es un excelente punto de partida para analizar la evolución de la política criminal y de la Ciencia Penal del siglo XXI.

La política pública de los Estados en materia migratoria es, sin duda, un paradigma actual de la evolución de la soberanía estatal tanto desde el ejercicio expansivo o subcontratado de su jurisdicción, como desde la delegación en materia legislativa penal a una organización internacional como la Unión Europea. En el siglo XXI, la política migratoria desde los propios Estados o desde las organizaciones internacionales, visibiliza los retos del Derecho penal presente y futuro. Por ello, ha sido objeto de este trabajo, realizar un análisis de este proceso de expansión, basándonos en un caso de estudio que evidencia los riesgos que conlleva dicha expansión.

Esperamos que este trabajo pueda suponer un punto de partida para el debate y la reflexión sobre los desafíos y riesgos a los que se enfrenta la Derecho Penal en un estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

TRATADOS y CONVENIOS INTERNACIONALES

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III). Se puede consultar en sitio web: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights>
- Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97). Convenio relativo a los trabajadores migrantes (revisado en 1949) (entrada en vigor: 22 enero 1952). Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT (01 julio 1949).
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Tratado Adoptado y abierto a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII. BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1969.
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Tratado fundacional firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 y entró en vigor el 1 enero de 1958.
- Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Entrada en vigor 27 de enero de 1980. BOE núm.142, de 13 de junio de 1980.
- Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143). Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (Entrada en vigor: 09 diciembre 1978). Adopción: Ginebra, 60ª reunión CIT (24 junio 1975).

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto. BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.
- Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York, el 31 de enero de 1967. BOE núm, 252, de 21 de octubre de 1978.
- Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.
- Instrumento de Ratificación de 16 de agosto de 1978 del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974. BOE núm. 144, de 16 de junio de 1980.
- Instrumento de Ratificación del Protocolo nº 4 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, reconociendo ciertos derechos y libertades, además de los que ya figuran en el Convenio y Protocolo Adicional al Convenio (Convenio nº 46 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963. BOE núm. 247, de 13 de octubre de 2009.
- Instrumento de Ratificación del Protocolo nº 7 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (Convenio nº 117 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984. BOE núm. 249, de 15 de octubre de 2009.

- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.
- Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994.
- Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea. firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Entrada en vigor 1 de noviembre de 1993. Diario Oficial DO C 191 de 29/07/1992. Instrumento de Ratificación del Tratado de la Unión Europea. BOE núm. 11, de 13 de enero de 1994.
- Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982. BOE núm. 39, de 14 de febrero de 1997.
- Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997. («DOCE» C núm. 340, de 10 de noviembre de 1997. BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1999.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra,

mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2003.

- Acuerdo de asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000, 2000/483/CE, Diario Oficial L 317, 15.12.2000.
- Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002.
- Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009.
- Instrumento de Ratificación del Protocolo nº 4 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, reconociendo ciertos derechos y libertades, además de los que ya figuran en el Convenio y Protocolo Adicional al Convenio (Convenio nº 46 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963. BOE núm. 247, de 13 de octubre de 2009.
- Tratado de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía, Diario Oficial L 157 de 21.6.2005.
- Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Diario Oficial C 306 de 17.12.2007, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.
- Tratado de la Unión Europea. Versión consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea. C 83/4. 30.3.2010.

- Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial C 326 de 26.10.2012.

OTROS TEXTOS DE DERECHO INTERNACIONAL

- Observaciones Generales nº15, 27º período de sesiones (1986), la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I).
- African Commission of Human and Peoples´ Rights, Communication No: 159/96- Union InterAfricaine des Droits de l’Homme, Federation Internationale des Ligues des Droits de l’Homme, Rencontre Africaine des Droits de l’Homme, Organisation Nationale des Droits de l’Homme au Sénégal and Association Malienne des Droits de l’Homme au Angola, decision of 11 November, 1997.
- African Commission of Human and Peoples Rights, Communication No: 159/96- Union InterAfricaine des Droits de l’ Homme, Federation Internationale des Ligues des Droits de l’Homme.
- Protección de los migrantes, Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24 de febrero de 2000 (A/RES/54/166).
- Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional 11º período de sesiones A/AC.254/5/Add.38. Viena, 2 a 27 de octubre de 2000. Tema 4 del programa Finalización y aprobación del instrumento jurídico internacional adicional contra el tráfico y el transporte ilícitos de migrantes. Propuestas y contribuciones recibidas por los Estados.
- Kamto, Maurice, UN Special Rapporteur of the International Law Commission; “Third report on the expulsion of aliens”, UN Doc. A/CN.4/581, 19 abril 2007.

- Kamto, Maurice, Relator de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros, A/CN.4/625.Add.1, 2010.
- Draft articles on the expulsion of aliens con comentarios adoptados por la Comisión de Derecho Internacional, en su 66ª sesión en 2014 y sometida a la Asamblea General como parte del informe de la Comisión de Derecho internacional relativo a la sesión (A/69/10). Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two.
- Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal. Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas. (A/67/187).
- UNHCR Observations on the Draft Council Directive Defining the Facilitation of Unauthorised Entry, Movement and Residence. United Nations High Commission for Refugees (2001). 12/03/2001.
- Travaux préparatoires. De las negociaciones para la elaboración de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. Nueva York, 2008, 11º período de sesiones A/AC.254/5/Add.38. Viena, 2 a 27 de octubre de 2000.
- Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/54/212, sobre migración internacional y desarrollo, de 1 de febrero de 2000, A/RES/54/212.
- Directrices respecto de la actuación con las personas rescatadas en el mar. Proyecto de resolución, MSC.167(78), adoptada el 20 de mayo de 2004. MSC 78/26/Add.2.
- Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, R 64/166, sobre protección de migrantes, de 19 de marzo de 2010.A/64/439/Add.2 (Part II), proy. de res. XII.

- UNDOC, United Nations Office of Drugs and Crime, International framework for action, to implement the smuggling of migrants protocol, Vienna, 2012, accesible en <http://www.undoc.org>.
- UN Security Council, Resolution 2240 (2015), Adopted by the Security Council at its 7531st meeting on 9 October 2015, S/RES/2240 (2015).

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Anna Maroufidou v. Sweden, CCPR/C/OP/1 at 80 (1985).
- -Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Zhakhongir Maksudov and Adil Rakhimov, Yakub Tashbaev and Rasuldzhon Pirmatov v. Kyrgyzstan. CCPR/C/93/D/1461,1462,1476& 1477/2006, (2008)
- El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva 16/99, de 1 de octubre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultativa 18/03, de 17 de septiembre de 2003, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.
- Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea contra la República Democrática del Congo, Indemnización debida por la República Democrática del Congo a la República de Guinea), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de Naciones Unidas, de 19 de junio de 2012.

- Issa y otros c. Turquía, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Demanda 31821/96, de 16 de noviembre de 2004.
- Öcalan c. Turquía, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Demanda 46221/99, de 16 mayo de 2005.
- Burden contra el Reino Unido [GC] (n.o 13378/05), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de abril de 2008.
- Hirsi Jamaa y otros contra Italia, asunto no 27765/09. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 23 de febrero 2012.
- De Souza Ribeiro contra Francia, Demanda 22689/07, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 13 de diciembre de 2012.
- Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina, Demanda 2312/08 y 34179/08, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 18 de julio de 2013.
- Khaifia y otros c. Italia, Demanda nº 16483/12, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 1 de febrero de 2016.
- N.D. y N.T. c. España, Demandas 8675/15 y 8697/15, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 3 de octubre de 2017.
- N.D. y N.T. c. España, Demandas 8675/15 y 8697/15, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 13 de febrero de 2020.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 30 de noviembre de 2009, Kadzoev C. Rusia, C-357/09 PPU, Rec. p.I-11189.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 28 de abril de 2011. Hassen El Dridi, alias Soufi Karim c. Italia, (asunto C-61/11 PPU, El Dridi), *European Court Reports 2011 I-03015*.

- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 6 de diciembre de 2011. Alexandre Achughbabian contra Préfet du Val-de-Marne. Petición de decisión prejudicial: Cour d'appel de Paris – Francia. Asunto C-329/11. Recopilación de la Jurisprudencia 2011 I-12695.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, mediante auto de 17 de diciembre de 2013, recibido en el Tribunal de Justicia el 27 de enero de 2014, en el procedimiento entre Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, Extranjería y Samir Zaizoune, (asunto C-38/14) ECLI:EU:C:2015:260.

LEGISLACIÓN COMUNITARIA

- Libro Blanco de la Comisión para el Consejo Europeo sobre la consecución del mercado interior, COM (85) 310 final, de 14 de junio de 1985.
- Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. BOE núm.81, de 5 de abril de 1994, páginas 10390 a 10422 (33 págs.). BOE-A-1994-7586.

- “Report on the initiative of the French Republic with a view to the adoption of a Council Directive defining the facilitation of unauthorised entry, movement and residence, [and] on the initiative of the French Republic with a view to the adoption of a Council Framework Decision on the strengthening of the penal framework to prevent the facilitation of unauthorised entry and residence”, European Parliament (2000), Committee on Citizens’ Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs, EP doc. A5-0315/2000 final of Oct. 25, 2000.
- Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción de la Decisión marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada y a la estancia irregulares (10676/2000 * C5-0426/2000 * 2000/0820(CNS).
- Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985. Diario Oficial núm. L 187, de 10.7.2001.
- Decisión Marco del Consejo, de 19 de Julio de 2002, 2002/629/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Diario Oficial núm. L 203, de 01.08.2002.
- Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares Diario Oficial de las Comunidades Europeas. L 328/17. 5.12.2002.
- Decisión Marco 2002/946/JAI de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia, irregulares. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 328, de 05.12.2002.

- Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho de reagrupación familiar (Diario Oficial L 251 de 3.10.2003, pp. 12-18).
- Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración Diario Oficial L 16, de 23.1.2004
- Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Diario Oficial L 261 de 6.8.2004.
- Decisión 2004/573/ CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados, de nacionales de terceros países sobre los que haya recaído una resolución de expulsión. Diario Oficial L 261, 6.8.2004, p.28-35.
- Reglamento (CE) n.o 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea. Diario Oficial L 349 de 25.11.2004.
- Reglamento (CE) n.o 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). Diario Oficial L 105 de 13.4.2006.
- Decisiones 2006/616/CE y 2006/617/CE del Consejo sobre la celebración del Protocolo de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de migrantes (por tierra, mar y aire), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Diario Oficial L 262 de 22.9.2006, pp. 24-43.

- Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. *Diario Oficial L 348 de 24.12.2008.*
- *Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. Diario Oficial L 168 de 30.6.2009.*
- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI. *Diario Oficial L 101 de 15.4.2011.*
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, *Diario Oficial L 315/57 de 14.11.2012.*
- Reglamento (UE) 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea L 189/93, de 27.06.14.*
- Decisión 2015/778 del Consejo, de 18 de mayo de 2015, relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED). *Diario Oficial de la Unión Europea L 122/31, de 19.05.15.*

- Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). Diario Oficial de la Unión Europea núm. 77, de 23.03.16.
- Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas. Diario Oficial de la Unión Europea L251/1, 16.09.16.
- Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y de Consejo de 13 de noviembre de 2019 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.o 1052/2013 y (UE) 2016/1624
- Conclusiones de la Presidencia en el Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, en SN 200/99.
- Consejo de la Unión Europea 19 y 20 de junio de 2000. Conclusiones de la Presidencia (2000a): Santa Maria da Feira (Portugal).
- Conclusiones de la Cumbre del Consejo de Ministros de la Unión Europea, acontecida en Laeken (Bélgica) de 14 y 15 de diciembre de 2001.
- Consejo de la Unión Europea 21 y 22 de junio. Conclusiones de la Presidencia. Documento 13463/2002. Bruselas, 24 de octubre de 2002.
- Consejo Europeo de Bruselas. 4 y 5 de noviembre de 2004. Conclusiones de la Presidencia. Documento 14292/1/04. Bruselas, 8 de diciembre de 2004.
- Una política comunitaria en materia de inmigración, COM (2000): 757 final, Bruselas, 22 de noviembre de 2000.
- Método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración. COM (2001): 387 final, Bruselas, 11 de julio de 2001.

- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Lucha contra la trata de seres humanos y lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Bruselas, 22.12.2000 COM (2000) 854 final 2001/0024 (CNS) 2001/0025 (CNS).
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política común en materia de inmigración ilegal. COM (2001) 672 final. Bruselas. 15 noviembre de 2001.
- Propuesta de Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea. Diario Oficial C 142 de 14. 6.2002. 5398/2/02 JAI 5 FRONT 2 MIGR 5 VISA 7 REV 2.
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, "Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia" [COM (2005) 184 final. Diario Oficial C 236 de 24.9.2005.
- Programa de Estocolmo - Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano. Diario Oficial nº C 115 de 4.5.2010.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Comunicación sobre migración. COM (2011) 248 final. Bruselas, 4.5.2011.
- Decisión 2014/482/PESC del Consejo, de 22 de julio de 2014, por la que se modifica la Decisión 2012/392/PESC sobre la Misión PCSD de la Unión Europea en Níger (EUCAP Sahel Níger), Diario Oficial, L 217, 23.7.2014.

- Decisión (PESC) 2015/778 del Consejo, de 18 de mayo de 2015, relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED), Diario Oficial, L 122, 19.5.2015.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions a European Agenda on Migration, Brussels, 13.5.2015 COM (2015) 240 final.
- Decisión nº 2/2019 del Consejo de administración, de 27 de marzo de 2019, por la que se adopta una estrategia técnica y operativa de gestión europea integrada de las fronteras.
- Recomendación 96/C 304/01 del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, relativa a la lucha contra el empleo ilegal de nacionales de terceros Estados. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. C 304. 14 de octubre de 1996. ISSN 0257-7763.
- Framework Decision on Strengthening the Penal Framework for Preventing the Facilitation of Unauthorised Entry and Residence, Cf. Council of the EU (2000a): Council doc. 9892/00; and Council of the EU (2000b): Council doc. 9892/00 ADD 1 Cf. Council of the EU (2000c): Council doc. 10460/00.
- Report on the initiative of the French Republic with a view to the adoption of a Council Directive defining the facilitation of the unauthorized entry, movement and residence, and on the initiative of the French Republic with a view to the adoption of a Council framework to prevent the facilitation of unauthorized entry and residence, Committee on Citizen´s Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs. European Parliament (2000), EP doc A5-0315/2000 final of Oct 25/2000.
- Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants: 2018 Update. Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate

General for Internal Policies of the Union. PE 608.838 - December 2018.
EN. study Requested by the PETI committee.

- Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2018, sobre directrices destinadas a los Estados miembros para impedir la penalización de la ayuda humanitaria, (2018/2769(RSP)).
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: on a New Pact on Migration and Asylum. Brussels, 23.9.2020COM (2020) 609 final.
- Communication from the Commission: Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence. Brussels, 23.9.2020 C(2020) 6470 final.

LEGISLACIÓN ESTATAL

- Constitución Española. BOE número 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley 118/1969, de 30 de diciembre, sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y filipina empleados en el territorio nacional. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1969.
- Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 02 de Julio de 1985.

- Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su integración en España. BOE núm. 158, de 3 de Julio de 1985.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995.
- Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. BOE núm. 104 de 01 de mayo de 1999.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12/01/2000.
- Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000.
- Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, en materia de inmigración, firmado en Madrid el 1 de julio de 2003 y publicado en el B.O.E. del 4 de agosto de 2003.
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.
- Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento administrativo común y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal. BOE número 279, de 21 de noviembre de 2003.

- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2003.
- Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007.
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, de 31 de octubre 2009.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.
- Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, del BOE, del día 23 de febrero de 1996.
- Real Decreto 845/2006, de 7 julio, por el que se regula la concesión de una subvención extraordinaria al Reino de Marruecos para la mejora del control de sus fronteras y lucha contra la emigración ilegal. BOE núm. 162, de 08 de julio de 2006.

- Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo, sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España, BOE núm. 113, de 11 de mayo de 2007
- Orden PRE/1283/2007, de 10 de mayo, por la que se establecen los términos y requisitos para la expedición de la carta de invitación de particulares a favor de extranjeros que pretendan acceder al territorio nacional por motivos de carácter turístico o privado, BOE núm. 113, de 11 de mayo de 2007.
- Convenio entre los Gobiernos del Reino de España y de la República de Senegal sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho ad-referéndum en Dakar el 5 de diciembre de 2006. BOE n.º 63, de 14 de marzo de 2009.
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE núm. 103, de 30 de Abril de 2011.
- Acuerdo del Consejo de Ministros de España de 22 de diciembre de 2006, por el que se dispuso un período transitorio establecido en el Tratado de adhesión de Rumanía a la Unión Europea, BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2006.
- Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_02_2006.html
- *Memorias de la Fiscalía General del Estado, año 2011. Se puede consultar en:* <https://www.fiscal.es> › documents › MEMFIS11.pdf

JURISPRUDENCIA ESTATAL

- Sentencia Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio, BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.
- Sentencia Tribunal Constitucional 41/1982, de 2 de julio, BOE núm. 185, de 04 de agosto de 1982.
- Sentencia Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre, BOE núm. 305, de 21 de diciembre.
- Sentencia Tribunal Constitucional 32/1987, de 12 de marzo, BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1987.
- Sentencia Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio. BOE núm. 180, de 29 de julio de 1987.
- Sentencia Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio, BOE núm. 180, de 29 de julio.
- Sentencia Tribunal Constitucional 23/1989, de 2 de febrero, BOE núm. 50, de 28 de Febrero de 1989.
- Sentencia Tribunal Constitucional, 93/1993, de 22 de marzo, BOE núm. 100, de 27 de abril de 1993.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1993, de 25 de marzo, BOE núm. 100, de 27 de abril de 1993.
- Sentencia Tribunal Constitucional 242/1994, de 20 de julio, BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1994.
- Sentencia Tribunal Constitucional 24/2004, de 24 de febrero, BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2004.
- Sentencia Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, BOE núm. 111, de 10 de mayo de 2005.
-

- Sentencia Tribunal Constitucional 88/2005, de 18 de abril, BOE núm. 120, de 20 de mayo de 2005.
-
- Sentencia Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007.
- Sentencia Tribunal Constitucional 259/2007, de 19 de diciembre, BOE núm. 19, de 22 de enero de 2008.
- Sentencia Tribunal Constitucional 17/2013, de 31 de enero, BOE núm. 49, de 26 de febrero de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo 7407/1986, de 26 de diciembre de 1986, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1497/1991, de 18 de abril de 1991, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 143/1998, número de recurso 1248/1995, de 5 de febrero de 1998, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 234/2001, número de recurso 234/2001, de 3 de mayo de 2001, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 554/2003, número de recurso 488/2001, de 20 de marzo de 2003, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1306/2003, número de recurso 999/2001, de 6 de octubre de 2003, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 556/2005, número de recurso 671/2004, de 25 de abril, sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1465/2005, número de recurso 163/2005, de 22 de noviembre, sala Segunda, de lo Penal.

- Sentencia del Tribunal Supremo 479/2006 número de recurso 1172/2005, de 28 de abril de 2006, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 569/2006, número de recurso 928/2005, de 19 de mayo, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1087/2006, número de recurso 712/2006, de 10 de noviembre, sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 153/2007, número de recurso 1695/2006, de 28 de febrero, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 484/2007, número de recurso 11163/2003, de 29 de mayo de 2007, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 605/2007, número de recurso 11251/2006, de 26 de junio de 2007, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 606/2007, número de recurso 10082/2007, de 1 junio de 2007, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1121/2008, número de recurso 895/2007, 3 de enero de 2008, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 76/2008, número de recurso 1372/2007, 5 de febrero de 2008, Sala Segunda, de lo Penal.

Sentencia del Tribunal Supremo 1146/2009, de 18 noviembre de 2009, Sala Segunda, de lo Penal.

- Sentencia del Tribunal Supremo 1306/2009, número de recurso 10424/2007, de 18 de febrero de 2008, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 618/2010, número de recurso 10/7163, de 23 junio de 2010, Sala Segunda, de lo Penal.

- Sentencia del Tribunal Supremo 298/2015, número de recurso 10815/2014, de 13 de mayo de 2015, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 54/2015, número de recurso 1481/2014, de 11 de febrero, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 646/2015, número de recurso 645/2014, de 20 de octubre, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 2908/2016, número de recurso 1101/2015, de 17 de junio de 2016, Sala Segunda, de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo 980/2018, número de recurso 2958/2017, 2 de junio de 2018, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3160/2018, número de recurso 2278/2017, de 12 de septiembre de 2018, Sala Segunda, de lo Penal.
- Decisión del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 3 de febrero de 2005
- Acuerdos de 29 de mayo de 2007 sobre: 1º Vigencia de un supuesto especial de delito de Contrabando incorporado por la Ley de Presupuestos para 1986; 2º Incidencias del Tratado de Adhesión de Rumanía a la UE en el art. 318 bis del CP. Consultado 21/01/2017, en: www.poderjudicial.es.
- Acuerdos del pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. 2000-2012, Sala de los Penal, Gabinete técnico, actualizado a marzo de 2013. Consultado 21/01/2017, en: www.poderjudicial.es
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1, de 15 noviembre de 2004. Roj: SAP CA 1698/2004-ECLI:ES: APCA:2004:1698Id Cendoj: 11012370012004100327.

- Sentencia de la Audiencia provincial de Granada, sección 2, de 28 de abril de 2006. Roj: SAP GR 1812/2006-ECLI:ES: APGR:2006:1812 Id Cendoj: 18087370022006100399.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1, de 11 de noviembre de 2009. Roj: SAP TF 3027/2009-ECLI:ES: APTF: 2009:3027 Id Cendoj: 38038370052009100596.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 6, de 9 de febrero de 2010. Roj: SAP TF 1965/2010 - ECLI:ES: APTF:2010:1965 Id Cendoj: 38038370022010100330.
- Sentencia de la Audiencia provincial de Las Palmas de gran Canaria, sección 1, de 17 de abril de 2013, Roj: SAP GC 923/2013, ECLI:ES: APGC:2013:923, IdCendoj: 35016370012013100149.
- Sentencia de la Audiencia provincial de Las Palmas de Gran Canaria, sección 2, de 26 de noviembre de 2014. Roj: SAP GC 2504/2014-ECLI:ES: APGC:2014:2504 Id Cendoj: 35016370022014100425.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, 156/2005 de 15 junio, JUR 2005\194122.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, 157/2005 de 15 junio, JUR 2005\194125.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, 21/21 de 30 de julio de 2021, Roj: SAP ML 120/2021 - ECLI:ES: APML:2021:120
- Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. Se puede consultar en: <https://www.fiscal.es> › memorias › estudio2016 › CIR › CIR_02_2006
- Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención

del Fiscal en materia de extranjería. Se puede consultar en:
<https://www.fiscal.es> › memorias › estudio2016 › CIR › CIR_01_2002

LEGISLACIÓN y JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

- Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero", publicado nella *Gazzetta Ufficiale* n. 191 del 18 agosto 1998 - Supplemento Ordinario n. 139.
- Legge "Bossi-Finni", 30 luglio 2002, n. 189. DDL 795 B).
- Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet, de 30 de Julio de 2004.
- Legge de 15 de Luglio de 2009, numero 94 Disposizioni in materia de sicurezza pública, publicada nella *Gazzetta Ufficiale* del 24 luglio 2009
- Ordenanza número 2004-1248, de 24 de septiembre de 2004, relativa a la parte legislativa del código de entrada y de estancia de extranjeros y del Derecho de asilo, Francia.
- La loi n° 02-03 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, du 11 novembre 2003.
- Loi n° 2005-06 du 10 mai 2005, République du Sénégal, relatif à la lutte contre la traite des personnes et pratiques assimilées et à la protection des victimes.
- Hungarian Criminal Code. Act C of 2012 on the Criminal Code Promulgated on 13 July 2012.

- Sentenza della Corte Costituzionale 115/2011, 04/04/2011.
- Sentenza Corte Costituzionale 22/2007, Legittime le pene previste per violazioni a disciplina dell'immigrazione, il 22 gennaio 2007.
- Sentenza Corte Suprema di Cassazione, terza sezione penale, 112/2020, il 16 gennaio 2020.

ARTÍCULOS EN PUBLICACIONES PERIÓDICAS

- Acosta Penco, T., “El abuso del derecho en la justificación jurisprudencial del “rechazo en frontera, análisis de la STC 172/2020, de 19 de noviembre y de la STEDH de N. D. y N. T. C. España, Revista Española de Derecho Internacional, vol. 73, no. 2, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2021, pp. 373–380
- Alcalá Sánchez, M., Derecho penal y Tratado de Lisboa, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 30, Madrid, mayo/agosto (2008), págs. 349-380, ISSN 1138-4026.
- Arlettaz, F., La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Boletín Mexicano de Derecho. Comparado. vol.49 no.145 Ciudad de México ene./abr. 2016.
- Asín Cabrera, M^a A. “Los Acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular”, pendiente de su publicación en la Revista de Derecho Constitucional Europeo. No. 10, julio-diciembre de 2008.
- Barbero González, I., Donadio, G., La externalización interna de las fronteras en el control migratorio en la UE, Revista CIDOB d'Afers Internacionals, nº. 122, (septiembre de 2019), ISSN-e 1133-6595.

- Calvo Mariscal, L.M., Cooperación entre la UE y Libia en materia de inmigración y asilo la posible creación de plataformas de desembarco, Revista General de Derecho Europeo, ISSN-e 1696-9634, Nº. 50, 2020.
- Cancio Meliá, M.y Maraver, M., El Derecho Penal Español ante la inmigración: un estudio político criminal, pp. 31-121, Revista CENIPEC, 25.2006, enero-diciembre.
- Carrera, S y Gueyer, F; El tratado de Lisboa y un espacio de libertad, seguridad y justicia: excepcionalismo y fragmentación de la Unión Europea. Revista de Derecho Comunitario Europeo, ISSN 1138-4026, núm. 29, Madrid, enero-abril (2008).
- Carrillo Salcedo, J.A., Reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia: Derechos de los inmigrantes en situación irregular en España, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 32, 2013, pp. 285-291.
- Cruz Villalón, P., Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 12. Núm. 35. Mayo-agosto 1992, pp 63-83.
- Cuenca Gómez, P., La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española. Revista de Estudios Jurídicos, nº 12/2012, Segunda Época, Universidad de Jaén. Versión electrónica: red.ujaen.es
- Curbelo Solari, I., Problemática sobre la disponibilidad de los Bienes Jurídicos Individuales y Responsabilidades Emergentes, nº 32, Revista de la Facultad de Derecho, Montevideo, enero-junio 2012, ISSN 0797-8316.
- Dauchy, A., « La loi contre le trafic illicite de migrants au Niger. État des lieux d'un assemblage judiciaire et sécuritaire à l'épreuve de la mobilité transnationale », Anthropologie & développement, 51 | 2020, 121-136.

- Daunis Rodríguez, A., Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, IN DRET, Revista de análisis del Derecho, 1/2010, enero 2010.
- De Lucas, J. (2020). El Derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia «N.D. y N.T. contra España» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Teoría & Derecho. (2020), Revista De Pensamiento jurídico, (27), 84–96. <https://doi.org/10.36151/td.2020.005>
- Del Valle Galvez, A., “Sobre la inviabilidad del modelo de fronteras exteriores europeas en el mediterráneo”, Revista Española de Derecho Internacional Foro- El rescate de personas en el Mediterráneo, Vol. 72/1, enero-junio 2020, pp. 187-196
- Del Valle Gálvez, A., “Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras. Propuestas conceptuales sobre ‘extraterritorialidad’, ‘desterritorialidad’ y ‘externalización’ de controles y flujos migratorios”, Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos, ISSN-e: 2660-7964, n.o 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 145-210, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.07>
- Fallada García-Valle, J.R., Algunos límites a los derechos de los inmigrantes: detención y expulsión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, [S.I.], n. 20, p. 43-66, jun. 2010. ISSN1138-9877. Disponible en: <<https://ojs3.uv.es/index.php/CEFD/article/view/208/267>>. Fecha de acceso: 15 abr. 2022 doi:<http://dx.doi.org/10.7203/CEFD.20.208>.
- Feijó Sánchez, B. J., recesión sobre la crisis de la teoría del bien jurídico, en Roland Hefendehl (ed.): “La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?”, editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona 2007, Revista para el análisis del Derecho, in Dret 2/2008, Barcelona, Abril 2008.

- Feijó Sánchez, B. J., Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro. Recurso electrónico disponible: http://www.molinssilva.com/madrid/pubs/FEIJOO_5.pdf, 2005.
- Fernández Rozas, J.C., "El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea", Revista Jurídica Española La Ley, 2004, 4, D-195, pp. 1867-1881. ISSN: 0211:2744
- García España, E. y Rodríguez Candela, J.L., Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos extranjeros, en Actualidad penal, nº 29.
- Gil Gil, A., la excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ADPCP, VOL. LXIII, 2010.
- Goig Martínez, J.M., Tribunal Constitucional y derechos de los extranjeros, comentario a la reciente jurisprudencia en materia de extranjería, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 22, 2008, pp. 625-649.
- González Saquero, P. La directiva "retorno" y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros - Comentario a la Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. El Dridi C-61/11 PPU, Revista española de Derecho del Trabajo, 2011, nº 152, pp.1135-1151.
- González Vega, J.A., ¿Un difícil equilibrio?, la sentencia TEDH (gran sala) de 13 de febrero de 2020, n.d. y n.t. c. España, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, Revista General de Derecho Europeo, Nº. 52, 2020, ISSN-e 1696-963.
- Guardiola García, J.M., Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas; comentarios a la reciente reforma del artículo 318bis del código penal, Revista de derecho penal y procesal, nº 13, 2005.
- Lorenzo Copello, P., La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros en Revista de Derecho Penal y Criminología, Segunda época, nº 12.

- Laurenzo Copello, P., Última reformas en el Derecho Penal de extranjeros, en Jueces para la Democracia, 2004, nº 50.
- Laurenzo Copello, P., El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2007.
- Lafuente Sánchez, R., Decisiones de retorno contra nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación irregular en España: consecuencias de la (supuesta) incompatibilidad de la ley de extranjería con la Directiva 2008/115 y de su ausencia de efecto directo vertical, Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 388-407, ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt
- Lledó, R., El principio de legalidad en el derecho penal internacional, Eunomía: Revista en cultura de la legalidad, nº 11, octubre 2016-marzo 2017, pp. 246-263, Universidad Carlos III, Madrid 2016.
- Londoño Lázaro, M.C. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Boletín mexicano de derecho comparado versión on-line: SSN 2448-4873versiónimpresaISSN0041-8633.Bol. Mex. Der. Comp.vol.43no.128México may./ago.2010.
- López-Fando Raynaud, F., Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-2003.
- López Guerra, L., la evolución del sistema europea de protección de derechos humanos, Teoría y Realidad, UNED, núm 42, 2018, pp 111-130.
- López-Romero González, M P, Política común de inmigración en la UE: del Tratado de Ámsterdam a la Constitución Europea, Revista

Universitaria de Ciencias del Trabajo, julio 2006, Universidad de Valladolid.

- López Molina, M., Derecho penal en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia posterior al Tratado de Lisboa ¿Un sistema penal europeo?, ISSN 1133-0627, Nº 94, 2019, págs. 96-112.
- Luzón Peña, D.M, Exculpación por inexigibilidad penal individual, Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 8, n. 14, pp. 9-36, jan./jun. 2016.
- Maqueda Abreu, M L, ¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis, 2?: las sinrazones de una reforma, Revista de derecho y proceso penal, nº. 11, 2004, ISSN 1575-4022.
- Maqueda Abreu, M.L., “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 1, 2006, págs. 1501-1508, ISSN 0211-2744.
- Martínez Escamilla, M., ¿Puede utilizarse el Derecho Penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 10-06 (2008), ISSN 1695-0194.
- Martínez Escamilla, M., Sánchez Tomás, J.M., La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera, Revista Crítica Penal y Poder, 2019, nº 18, diciembre, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, (pp.28-39).
- Melero Alonso, E., El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (a las “expulsiones en caliente”: un supuesto de derecho administrativo del enemigo, Revista Española de Derecho Administrativo, núm 174 (octubre – diciembre2015), páginas 401 a 433.

- Miró Llinares, F. Política comunitaria de inmigración y política criminal en España ¿protección o “exclusión” penal del inmigrante?, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 10-05 (2008), ISSN 1695-0194
- Moreno Vida, M. N., El derecho a un proceso equitativo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Temas Laborales, núm. 145/2018. Págs. 87-119.
- Muñoz Ruiz, J., La ayuda humanitaria: ¿Una Excusa absolutoria o una causa de justificación?, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 18-08 (2016).
- Müssig, B., Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre la perspectiva y fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.a Época, núm. 9 (2002), págs. 169-208.
- Naranjo Giraldo, G.E., Desterritorialización de fronteras y externalización de políticas migratorias. Flujos migratorios irregulares y control de las fronteras exteriores en la frontera España–Marruecos. Estudios Políticos, 45, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, (2014). pp 13-32
- Olesti Rayo, A., La Unión Europea y la progresiva, creación de un régimen comunitario de extranjería, Revista catalana de dret públic, núm. 40, 2010.
- Olesti Rayo, A., El espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea, REAF, nº 15, abril 2012.
- Ordoñez Solís, D., El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), nº 119, enero-marzo 2003.

- Padilla Alba, H., El Delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en revista La Ley Penal, nº 14.
- Pasquali, L.: TJUE - Sentencia de 28.04.2011, Hassen El Dridi, alias Soufi Karim, C-61/11 PPU - Espacio de libertad, seguridad y justicia - Directiva 2008/115/CE - Retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular - Artículos 15 y 16 - Normativa nacional que prevé una pena de prisión en caso de incumplimiento de una orden de salida del territorio - ¿La pena de prisión para inmigrantes irregulares perjudica la política de retorno de la Unión?, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2011 nº 39, pp. 541-558, (ES).
- Palomo del Arco, A., "Criminalidad organizada...", Cuadernos de derecho judicial, Año 2001, nº 2, Dedicado a: La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos / Carlos Granados Pérez (dir.), ISBN 84-89230-44-7.
- Pérez González, C., La expulsión de los extranjeros en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, Revista electrónica de estudios internacionales, 2010.
- Pi Llorens, M., La Unión Europea y la lucha contra los traficantes y tratantes de migrantes en Libia: balance tras el fin de la operación Sophia, EEI, núm. 40, diciembre 2020, DOI: 10.17103/reei.40.07.
- Pomares Cintas, E., La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad Nº 7, septiembre 2014 – febrero 2015, pp. 143-174, ISSN 2253-6655.
- Poncela Sacho, A., La externalización de las fronteras en el ámbito de la Unión Europea, Instituto Español de Estudios Estratégicos, documento de opinión 80/2018, de 06 de julio 2018.
- Pugliese, D., Vitielloe, M., La ley Bossi-Fini a la Directiva de Retorno, AFKAR/IDEAS, otoño de 2008.

- Rebollo Vargas, R., El delito de tráfico de personas y la “in”competencia de la jurisdicción española, en aguas internacionales, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 11-09 (2009).
- Reig Fabado, I., La Directiva de retorno y la tutela judicial efectiva”, BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, nº 19, pp. 115-126, 2015, ISSN: 1575-0825, e-ISSN: 2172-3184 DOI: <http://dx.doi.org/10.20932/barataria.v0i19.29>
- Rodríguez Candela, J.L., Interpretación y seguimiento de la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, (ZAIZOUNE), Revista Crítica Penal y Poder, 2019, nº 18 Diciembre (pp. 68-81) Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona.
- Rodríguez Ferrández, S. y García Moreno, E., La respuesta penal al problema social de la inmigración: descripción y valoración crítica, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 4, 2004, p. 686.
- Rodríguez Montañés, T., Ley de Extranjería y Derecho Penal, La Ley: revista La Ley jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº 2, 2001.
- Romeo Malanda, S., Un nuevo modelo de Derecho Penal transnacional: el Derecho Penal de la Unión Europea tras el tratado de Lisboa, Estudios penales y criminológicos, vol XXXII (2012), ISSN 1137-7550:313-386.
- Roxin, C., El concepto de bien jurídico como instrumentos de crítica legislativa sometido a examen, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 15-01 (2013), ISSN 1695-0194.
- Sánchez Legido, A., “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: A propósito de la nueva Ley de asilo”, REEI, nº 18, Pp 21- 55.

- Sánchez-Fernández, A. ""Inmigración y Derechos Humanos en la UE. Análisis de la directiva 2008/115/CE"" , Persona y Derecho, 68,2013, ISSN 0211-4526, pp 159-179.
- Sánchez Tomás, J., M., Las “devoluciones en caliente” en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017, Revista Española de Derecho Europeo, 2018, nº 65, enero-marzo 2018, Comentarios de Jurisprudencia 2.
- Santana Vega, D.: “Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (dirs.), Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, Valencia, 2015.
- Santos Vara, J. La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿hacia una centralización en la gestión de las fronteras? Revista de Derecho Comunitario Europeo, 59, 2018, 143-186. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.59.04>.
- Satzger, H., La europeización del derecho penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los estados miembros, Cuadernos de Derecho Penal, julio de 2012, ISSN: 2027-1743.
- Silva Sánchez, J. M, Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo; una aproximación crítica, Revista penal, Nº 13, 2004, págs. 138-150, ISSN 1138-9168.
- Solanes Corella, A., La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones “en caliente”, Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho, Número 36 (2017), ISSN: 1138-9877.
- Sosa Navarro, M., Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable el asunto "N.D. y N.T. contra España" ante el TEDH,

Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año nº 24, Nº 67, 2020, págs. 1039-1061, ISSN 1138-4026.

- Terragni M.A., Excusa absoluta: cuándo y por qué de no castigar, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº3, 2013.
- Vidal Fueyo, M^a del C., la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros, a la luz de la STC 236/2007, Revista Española de Derecho Constitucional, ISSN: 0211-5743, núm. 85, enero-abril (2009), págs. 353-379
- Villacampa Estiarte, C., Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas, Revista penal 14, 2004.
- Villacampa Estiarte, C., la nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas: ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 13-14 (2011), ISSN 1695-0194.
- Villacampa Estiarte, C., el delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177bis desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación, AFDUDC, 14, 2010, pp 819-865.
- Zuñiga Rodríguez, L., El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas, Revista Nuevo Foro Penal Vol. 12, No. 86, enero-junio 2016, pp. 62-114. Universidad EAFIT, Medellín (ISSN 0120-8179)

MONOGRAFÍAS

- Ambos, K., Cuadernos de conferencias y artículos nº 41, Centro de investigación en filosofía y derecho, Derecho Penal del enemigo, Universidad del Externado Colombia, 2007, ISBN 978-958-710-226-0
- Arroyo Zapatero, L., Propuesta de eurodelito de trata de seres humanos: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, <http://www.cienciaspenales.net>
- Aus Jonathan P., Crime and Punishment in the EU: The Case of Human Smuggling, ARENA, Report No 6/07.
- Bassiouni Cherif, M., The Law of International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia, Transnational Publishers, New York, 1996.
- Cancio Meliá, M., Estudios de Derecho Penal, primera Edición, Palestra, septiembre de 2010.
- Cobo Rosal, M., y Vives Antón, T S, Derecho penal, Parte general, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, ISBN: 9788480029490.
- Daunis Rodriguez, A., El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria, Editorial Comares, Granada, 2009.
- De León Villalba, F.J., Tráfico de personas e inmigración ilegal, Tirant Lo Blanch, Valencia 2003.
- Feller, E., Túrck, V., Nicholson, F., Protección de los refugiados en el derecho internacional: consultas globales del ACNUR sobre protección internacional, ACNUR, Icaria Editorial, Barcelona 2010.
- Fischer, H; Oráa, J; Ayuda humanitaria y Derecho Internacional; serie Ayuda Humanitaria, textos básicos, vol. 7, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000.

- García Andrade, P., La acción exterior de la Unión Europea en materia migratoria: un reparto de competencias; Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, ISBN 978-84-9053-715-2.
- Iglesias Skulj, A., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control.” Universidad de Salamanca. 2009.
- Iglesias Skulj, A., Trata de mujeres con fines de explotación sexual: análisis político criminal del artículo 177bis del Código Penal., Tirant monografías, 874, Valencia, 2013.
- Jescheck, H.H. y Weigend, T., Tratado de Derecho Penal, Parte General, trad. de Miguel Olmedo Cardenote, 5ª. ed., Granada, Comares, 2002.
- Luzón Peña, D.M., Aspectos Esenciales de la legítima defensa, Editorial Bosch, Barcelona, 1978.
- Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, Edición 2020, ISBN 978-92-871-9029-1
- Martínez Escamilla, M., La inmigración como delito: un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318bis, Atelier Libros, 2007, ISBN: 978-84-96758-16-2.
- Mir Puig, S., Derecho Penal: parte general, 10ª edición, Dykinson, Madrid, 2015, ISBN: 9788460815822.
- Muñoz Conde, F., García Arán, M.; Derecho Penal, parte general, Tirant Lo Blanch, 10ª edición, Valencia 2019, ISBN: 9788413139395.
- Ortega Martín, Eduardo, Manual práctico de Derecho de Extranjería, La Ley, Madrid 2010, ISBN: 978-84-8126-373-2.

- Pérez Alonso, J. E., Mayor Zaragoza, F., Tráfico de personas e inmigración clandestina. Editorial Tirant Lo Blanch, Colección Monografías, Primera edición, Valencia, 2008.
- Pérez Cepeda, A.I., Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal, Editorial Comares, Granada, 2004. ISBN: 84-8444-805-3.
- Remiro Brotons, A., Derecho Internacional, curso general, Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid 2010, ISBN:9788498769845.
- Rodríguez Mesa, M.J., Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, ISBN:9788484423683.
- Rodríguez Mesa, M^a. J y Ruiz Rodríguez, L. R. (Coords.): Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 223 y ss
- Roxin, Claus (2001), Derecho penal. Parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (traducido y anotado de la 2^a edición alemana por Diego-Manuel Luzón P, Miguel Díaz, García Conlledo y Javier De Vicente Remeral), Civitas, Madrid, 2015.
- Silva Sánchez, J.M., La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales, Civitas monografías, 2001, ISBN 84-470-1201-8.
- Vives Antón, Tomás Salvador, (2011), Fundamentos del sistema penal, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles, Defensor del Pueblo Español, Madrid 2012, ISSN: 2254-3910 (Informes, estudios y documentos). Se puede consultar en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09-Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-v%C3%ADctimas-invisibles-ESP.PDF>

- Amnesty International, Report “A perfect storm: Failure of European Policies in Central Mediterranean”, 2017, (<https://www.amnesty.org/en/documents/eur03/6655/2017/en/>).
- “Mauritania: “Nadie quiere tener nada de que ver con nosotros”: arrestos y expulsiones colectivas de migrantes a quienes se ha negado la entrada a Europa, Amnistía Internacional, 01/07/2008, Index Number: AFR 38/001/2008,
- Crackdown on NGO`s and volunteers helping refugees and other migrants, Lina Vosyliute y Carmine Conte, Research Social Platform on Migration and Asylum, June 2019.
- Derechos Humanos en la frontera sur 2019, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, <https://www.apdha.org> › 2019/02 › informe-frontera-sur-2019-web
- Marruecos: desprotección y vulneración de derechos de las personas migrantes y refugiadas a las puertas de Europa, Informe 2015, Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Se puede consultar en: https://www.cear.es/wpcontent/uploads/2016/11/informe_marruecos_cear_2015_definitivo.pdf
- Criminalisation of migrants in a irregular situation and of persons engaging with them, Fundamental rights agency, 2014.

CAPITULOS EN MONOGRAFÍAS

- Carmona Cuenca, Encarna (2014): “El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos (art. 13 CEDH)” en García Roca, J.y Santaloya, P. (coord.) La Europa de los Derechos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Álvarez Álvarez, G., La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal, en El Extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000.), Manuales de formación continuada, nº 5, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1999.
- Arroyo Zapatero, L., Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos, en Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre (dir.), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Cuenca, 2001.
- Cancio Meliá, M., El injusto de los delitos de organización: peligro y significado, Revista General de Derecho Penal, nº8, noviembre 2007.
- Cancio Meliá, M., Pérez Manzano, M., (2011), Principios del Derecho Penal (II), en Lascuraín Sánchez, Juan Antonio (coord.), Introducción al Derecho Penal, 1ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Madrid.
- De Lucas, J. «Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración» en Inmigrantes, ¿cómo los vemos? Algunos desafíos y malas respuestas, De Lucas, J. y Torres, F (Dirs.), Madrid, Talasa, 2002.
- García Álvarez y Del Carpio Delgado, Los delitos relativos al régimen de extranjería, en Rodríguez Benot/ Hornero Méndez (coords.), El nuevo derecho de extranjería, Comares, Granada, 2001, ISBN: 84-8444-338-8.
- García Arán, M., Los tipos penales acogedores del tráfico de personas, Trata de personas y explotación sexual, Quintero Olivares, G., García Arán, M., Rebollo Vargas, R., Comares (coords.), Granada, 2006, ISBN: 84-9836-093-5.
- García Sánchez, B., La pretendida protección jurídico penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, nº LVIII-3, septiembre 2005.

- Hortal Ibarra, J. C., A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, Política criminal y reforma penal, Víctor Gómez Martín (coord.), Santiago Mir Puig (dir.), Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), 2007, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007.
- Lascuráin, J.A., Penas y administraciones, Estudios jurídico-penales y criminológicos, en homenaje al profesor doctor H.C. Mult Lorenzo Morillas Cueva; directores Jose María Suarez López, Jesus Barquín Sanz, Ignacio F. Benítez Ortuzar, Maria José Jimenez Díaz, Jose Eduardo Saínez-Cantero Caparrós; Volumen 1. Dykinson S.L.; Madrid 2018, pp 353- 368.
- Laurenzo Copello, P., El modelo de protección penal de los inmigrantes, de víctimas a excluidos, en Cancio Meliá, M. / Pozuelo Pérez, L. (coords.), Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada, Thomson/Civitas, 2008.
- Maraver Gómez, M, Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en Molina Fernández(ed.), Memento Penal, Capítulo 33, Madrid, 2010.
- Martínez Buján, C., Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en Molina Fernández(ed.), Memento Penal, Capítulo 33, Madrid, 2010.
- Rodríguez Mesa. M. J., Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, ISBN: 9788484423683.
- Roxin, C., en Hefendehl (Ed.), La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007, ISBN: 978-84-9768-358-6.
- Saínez Cantero Caparrós, J.E., Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en: Mateu Carbonel,

- J.C y otros (coords.), Estudios penales en homenaje al profesor Cobo Del Rosal. Dykinson, Madrid, 2005.
- Santana Vega, D. M., Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en Molina Fernández (ed.), Memento Penal, Capítulo 33, Madrid, 2010.
 - Serrano Piedecabras, J. R., Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en Lorenzo Copello P. (coord.), Inmigración y derecho penal. Bases para un debate, Tirant, Valencia, 2002, ISBN: 9788484424598.
 - Sicurella, R., La creación de una cultura penal europea, Principios Generales del Derecho Penal de la Unión Europea, Rosaria Sicurella, Valsamis Mitsilegas, Raphaele Parizot, Analisa Lucifora (ED.), Colección de Derecho Penal y Derecho Procesal nº5, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp 27-50, ISBN: 978-84-340-2654-4.
 - Terradillos Basoco, J. M., Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera, en Lorenzo Copello, P. (coord.), Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate, Tirant, 2002.
 - Terradillos Basoco, J. M., Trata de seres humanos, en Álvarez García, F. J./ González Cussac, J. L. (dirs.), Comentarios a la reforma penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
 - Villacampa Estiarte. C., Título XVbis, Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en Quintero Olivares G, (Dir.), Comentarios al nuevo código penal, Segunda edición, Aranzadi, 2001, Vol. 2, ISBN 978-84-9059-477-3.

LISTADO DE ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
CDHNU	Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
JpD	Jueces para la Democracia
LOEX	Ley Orgánica de Extranjería
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RCENIPEC criminológicas	Revista del Centro de Investigaciones penales y criminológicas
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCE	Revista de Derecho Constitucional Europeo
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RECPC Criminología	Revista Electrónica de la Ciencia Penal y la Criminología
REDI	Revista Española de Derecho Internacional

REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
REJC	Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos
RGDE	Revista General de Derecho Europeo
RJEDJB	Revista Jurídica Española de la Doctrina, la jurisprudencia y la bibliografía
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europea de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea