

PROPUESTA DE UN EURODELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

Luis Arroyo Zapatero

Catedrático de Derecho penal y Rector de la Universidad de Castilla – La Mancha

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>

PROPUESTA DE UN EURODELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS¹

*Luis Arroyo Zapatero
Catedrático de Derecho penal y Rector
de la Universidad de Castilla-La Mancha*

En noviembre de 1969 asistí a la primera lección de Derecho penal de Don Marino Barbero en la Universidad de Valladolid. Los alumnos asistimos a ella con el interés y la expectación que había despertado la noticia de las condiciones de su persona como liberal comprometido que acompañó su viaje de Murcia a la vieja ciudad castellana. Nadie quedó desengañado: superando el lenguaje esopiano de la época, brochazo a brochazo, que cortaba el aire del aula de grados de la Facultad, fuimos transportados desde el Código penal hasta el penal de Carmona, para acompañar a Julián Besteiro en la hora de su muerte y aprender la primera palabra en lengua alemana, cuya sola expresión en castellano resultaba francamente sediciosa y emocionante, y para aprender desde entonces quien era Don Luis Jiménez de Asúa y para aprender que para los que le escuchábamos todo estaba por aprender. Nada de lo que entonces podía ser importante quedó expresa o implícitamente fuera de aquella lección, la cual, con las que la siguieron, dejaron marcada huella en mi persona y en mi destino profesional. No era entonces España un país anhelado por nadie de fuera de nuestras fronteras, salvo por los que la habían perdido por la fuerza. Era entonces España un país de emigrantes, de una emigración forzada por las

¹ Este texto se enmarca en los trabajos llevados a cabo con motivo de la convocatoria que Klaus Tiedemann realizó en 1998 a un grupo de colegas de diversos países europeos para abordar los problemas de la armonización del Derecho penal europeo y la elaboración de un catálogo de “eurodelitos”, es decir, de tipos delictivos necesarios para la tutela homogénea de intereses jurídicos derivados del fenómeno de la Unión Europea, más allá de la tutela de los intereses financieros de la misma que se aborda por el Grupo de penalistas del “*Corpus iuris*”: El conjunto de los trabajos y la propuesta de catálogo de eurodelitos aparecerá próximamente en Alemania. Vid. los informes al respecto en *Juristen Zeitung* 1998, p.453 y s.; 1999, p.30 y s.y 1099 y s.

necesidades materiales y, no pocos, por la renovada persecución política. Pero estoy seguro de que si entonces hubieran regido las condiciones de hoy, las de una España que por su libertad y por su bienestar es tierra de promisión para tantos, en alguna parte de la primera lección nos hubiera llamado Don Marino la atención sobre la miserable situación de esa marea de seres humanos que quieren alcanzar nuestras costas y sobre la criminal condición de quienes trafican con sus cuerpos y con sus sueños, y que constituyen hoy el cuerpo social más alejado del debido respeto a los derechos humanos. Es pues el presente un buen tema de homenaje a mi Maestro.

Introducción

Los complejos problemas que plantean hoy en Europa los fenómenos migratorios hacen de la inmigración, de su control, de la integración de los inmigrantes y de la tutela eficaz de los derechos de los mismos el más relevante problema de la Unión Europea en la actualidad². El problema tiene también una evidente dimensión penal y político criminal. Por una parte, sea cual sea la política de control de la inmigración, y es manifiesto que tiene que haber alguna, es necesario un sistema de aseguramiento eficaz de las normas de dicha política y será inevitable un aseguramiento penal de la misma frente, al menos, a su vulneración organizada: el tráfico organizado de seres humanos. Por otra parte resulta también evidente que una buena parte de los inmigrantes se encuentran en una posición material que favorece su victimación mediante el abuso de las situaciones de necesidad en que puede encontrarse. Y la primera de ellas es, precisamente, la situación de necesidad de emigrar desde su país a cualquiera de los países de promisión, abuso que se produce en el marco del tráfico clandestino de inmigrantes. En segundo lugar, realizada la inmigración, la situación de necesidad da ocasión a la explotación del trabajo humano, agravada en los supuestos de carencia de permiso de trabajo, como fuerza de trabajo ordinario o en el marco de la explotación sexual, fundamentalmente de mujeres. En no pocas ocasiones a todo lo anterior se añade la explotación en el alojamiento, sometiendo a los inmigrantes a alojamientos contrarios a la dignidad humana y mediante precios abusivos.

² Particularmente relevante en el orden político y cultural es el libro ahora en español de Giovanni SARTORI, *La sociedad multiétnica*, Taurus, Madrid 2001. Para el complejo y descentrado debate español con motivo de la regulación legal de la materia es particularmente agudo el artículo de José Luis Díez RIPO-LLÉS, *Inmigración y política*, publicado en *El País* de 23 de marzo de 2001. Además: ARLACCHI, P., *Schiavi. Il nuovo traffico di esseri umani*, Rizzoli, Milán 1999; U. MARTÍNEZ VEIGA, *La integración social de los inmigrantes extranjeros en España*, Trotta, Madrid 1997; J. GOYTISOLO y Sami NAÏR, *El peaje de la vida. Integración o rechazo de la emigración en España*, Aguilar, Madrid 2000; J. De LUCAS, "El marco jurídico de la inmigración", en *Jueces para la Democracia*, nº 38, 2000, p. 3 y ss.; S.O.S. Racismo, *El Ejido, racismo y explotación laboral*, Icaria, Barcelona 2001.

I. La política comunitaria sobre inmigración como fundamento de una incriminación homogénea del tráfico de seres humanos en la Unión Europea

El Consejo Europeo en su reunión de Tampere de octubre de 1999 proclamó entre sus acuerdos (nº 23) que “está decidido a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen, en especial luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y la explotación económica de los emigrantes”. A su vez, “insta a que se adopte legislación que prevea sanciones rigurosas para este grave delito” e invita al propio Consejo a que “a partir de una propuesta de la Comisión adopte legislación a tal efecto antes de finales del año 2000”. Todo ello lo proclama en el marco acordado de definición de una “política de asilo y migración común de la UE” y, en especial, en orden a la gestión de los flujos migratorios (conclusiones, Ap. A, nº 10 a 27) .

Todo ello se fundamenta en el Tratado de Ámsterdam, cuyo art. 63.3 b, autorizó específicamente al Consejo para adoptar medidas sobre política de migración, y contra la inmigración y la residencia ilegal. A su vez, el Convenio de Schengen, incorporado al acervo comunitario por el tratado de Ámsterdam, compromete a las partes contratantes a “fijar sanciones que penalicen el cruce no autorizado de las fronteras externas” (art. 3.2) y especialmente a “establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en el territorio” (art. 27.1). Todo ello se ha acompañado por dos Recomendaciones del Consejo, una de 22.12.95 sobre armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y otra de 27.8.96, sobre lucha contra el empleo ilegal de nacionales de terceros países, además de todas las medidas acordadas contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual (vid. últ. Res. del Parlamento europeo de 19.1.1998, con referencias anteriores).

Por su parte, las conclusiones de Tampere relativas a la “lucha contra la delincuencia a escala de la Unión” (ap. C), reclaman un incremento de la cooperación entre los Estados, mediante la creación de “equipos conjuntos de investigación”, como primer paso para luchar contra “la trata de seres humanos”, así como contra el tráfico de drogas y el terrorismo (concl. 43) y, a su vez, declara a la “trata de seres humanos y en particular la explotación de mujeres” sector prioritario para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes por parte de los Derechos penales nacionales, junto con los sectores ya tradicionales de los delitos financieros, el tráfico de drogas, la explotación sexual de la infancia, la delincuencia de alta tecnología y el delito ecológico (concl. 48).

En suma, el Consejo Europeo en Tampere ha establecido entre sus decisiones básicas la elaboración de una política general común sobre inmigra-

ción y su control y, dentro de ella la adopción de legislación comunitaria para la lucha contra la trata organizada de seres humanos y la explotación de los migrantes, materia a la que considera igualmente prioritaria a los efectos de armonización de las legislaciones penales nacionales.

Se cruzan en las Conclusiones de Tampere dos políticas, la primera, de mayor tradición, la lucha contra la criminalidad organizada en sectores especiales adoptada por el Consejo Europeo de junio del 97 con el “Plan de Acción” al efecto y, la segunda, más reciente, derivada de la triple fuente de la política del mercado único de trabajo, de la política de asilo y sus problemas, y de la política común de migración y asilo, comenzada a desarrollar en su estrategia en el Documento de la Presidencia del Consejo Europeo del 1 de enero de 2000 (Presidencia Austriaca nº doc. 09809/99).

Este “Documento de estrategia sobre la política de migración y asilo” pone de manifiesto la conexión entre política de mercado de trabajo y política de migración y asilo (vid. doc. cit., ap. 96 y s.). A su vez, establece como una de las estrategias básicas de la reducción de la migración ilegal la lucha contra las redes clandestinas de inmigración a cuyos efectos considera imprescindible inversión y coordinación en materia policial, así como la existencia de “severas penas para toda organización que introduzca inmigrantes ilegales contra remuneración”, normas eficaces de asistencia judicial y una práctica de la extradición sin reservas (Doc. cit. nº 70). También recomienda una lucha consecuente contra toda forma de economía sumergida que explote el empleo ilegal de extranjeros (Doc. cit. nº 97).

En definitiva, en mi opinión, está en el orden del día de la política criminal de la UE la creación tanto de un “eurodelito” de trata organizada de seres humanos como la armonización de las legislaciones penales nacionales en dicha materia.

II. Derecho comparado europeo

Los Estados europeos cuentan en sus ordenamientos con tipos penales de diverso orden para combatir la inmigración ilegal y el tráfico ilegal de personas:

a) Italia.

Italia ha llevado a cabo una reforma legislativa del conjunto de la materia migratoria a través del texto único sobre inmigración aprobado por decreto ley de 25 de julio de 1988 que incluye las incriminaciones penales³.

³ Vid. M. VIRGILIO, “Libertà sessuale e nuove schiavitù”, en L. FIORAVANTI, *La tutela penale della persona*, Giuffrè, Milan 1999.

1.El tipo básico se constituye por la conducta consistente en realizar una actividad dirigida a favorecer el ingreso de extranjeros en el territorio del Estado con vulneración de las disposiciones reguladoras del Texto único, lo que castiga con prisión de hasta tres años y multa de hasta 30 mill. (art. 11.1).Sobre este tipo configura dos tipos agravados:

2. Con reclusión de cuatro a doce años castiga la misma conducta si se comete con ánimo de lucro, por tres o más personas puestas de acuerdo entre sí, o con el propósito de que ingresen cinco o más personas y si el transporte o el ingreso se realiza utilizando servicios de transporte internacional o documentos falsificados (art.12.3).

3. Con reclusión de 5 a 15 años se castiga el hecho si el hecho se orienta al reclutamiento de personas destinadas a la prostitución o de menores para aprovecharse de ellos mediante su empleo en actividades ilícitas (art. 12.3).

4. Para el momento posterior al ingreso en el territorio prevé el castigo con reclusión hasta cuatro años de quien favorezca la estancia ilegal del extranjero con la finalidad de obtener un provecho injusto de su situación de ilegalidad (art. 12.5). Este tipo capta incluso los supuestos de empleo clandestino de trabajadores extranjeros que se preveía con anterioridad en la ley 943de 1986, art. 12.

b)Francia.

Francia regula la materia en el Código del Trabajo, que incluye el Derecho penal del trabajo, y en anexo al Código penal.

1.Una Ordenanza de 2 de nov. De 1945, modificada en 1992, castiga en primer lugar al propio extranjero por la entrada o la estancia ilegal en territorio francés con pena de un año de prisión y multa. Así mismo castiga con prisión de 5 años y multa a quien desde el territorio francés ayude de modo directo o indirecto o facilite o intente facilitar la entrada, la circulación o la estancia irregular de un extranjero.

2.El Código de Trabajo castiga con prisión de tres años y multa el reclutamiento e introducción ilegal de extranjeros, pena que se eleva a cinco años si la intervención del autor en cualquier momento de la operación se realiza de manera habitual y a título de intermediario (art. 364-6 en rel. Con 341-9).

3. También el Código de trabajo castiga el empleo de extranjeros sin permiso de trabajo con prisión de 3 años y multa (art. 364-3 en rel. con el art. 341-6).

4. El Código penal, por su parte incluye un nuevo tipo de gran interés que encuentra adecuada plasmación en los supuestos de trabajadores extranjeros sin permiso de residencia o trabajo: la imposición de condiciones de trabajo muy perjudiciales abusando de la vulnerabilidad o situación de dependencia de la persona o el sometimiento a condiciones de alojamiento incompatibles con la dignidad humana (art. 255-13 y 14).

5. Sólo se advierte otra referencia a extranjeros en el delito de proxenetismo, cuando se trate de personas incitadas a la prostitución antes o después de su entrada en el territorio, que se castiga con prisión de 10 años y multa, que se eleva a 20 si se trata de una banda organizada (art. 225-7 y8).

c) Alemania.

Alemania aborda el problema del tráfico de extranjeros en diversas leyes penales accesorias, principalmente en la Ley de fomento del empleo (AFG) de 1969 y en la Ley sobre extranjería (AG) de 1990. El Código penal aborda el tráfico de extranjeros a efectos de su explotación sexual (par. 180 b y 181)⁴.

1. La Ley sobre extranjeros castiga con prisión de hasta 5 años o multa a quien incita o ayuda a extranjero a entrar clandestinamente (“Einschleusen von Ausländer”) en el territorio con ánimo de lucro o repetidamente o a favor de varios extranjeros. La pena se eleva a la de prisión desde 1 a 10 años si realiza la conducta de modo habitual (“gewerbsmässig”) o como miembro de una banda dedicada a esta actividad (par. 92 y ss. AG).

2. Un supuesto especial contempla la ley de procedimiento de Asilo, al castigar con prisión de hasta tres años a quien induzca o ayude a un extranjero a presentar una solicitud abusiva de asilo, pena que se grava si se realiza de modo habitual o como miembro de una banda (par. 84 y ss.).

3. La ley de fomento del empleo castiga con prisión el tráfico ilegal con trabajadores extranjeros con prisión hasta 3 años y multa, que se eleva a prisión de seis meses a 5 años si se hace con habitualidad o con puro ánimo de lucro. Con las mismas penas castiga al empresario que emplea trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones muy desproporcionadas respecto de las de los trabajadores alemanes de actividades similares(par. 227 y 227 a) AFG, ahora todo ello en el Código de la seguridad social, par. 406 y s. SGB).

4. El Código penal alemán, en sus parágrafos 180 b y 181, bajo el título de tráfico de personas, incrimina la inducción o forzamiento a la prostitución mediante el abuso de la situación de desamparo que deriva de la circunstancia de encontrarse la víctima en un país ajeno, lo que sólo tiene aplicación en el ámbito que nos ocupa si se trata de personas que se encuentran ya e ilegalmente en territorio alemán, pero no capta el tráfico ilegal internacional de estas personas con dicha finalidad.

d) España.

El Código penal de 1995 disponía de tres preceptos destinados a incriminar el tráfico de personas. El art. 312 castigaba el tráfico ilegal de mano de obra

⁴ Un planteamiento global y sistemático vid. M. DREIXLER, *Der Mensch als Ware, Erscheinungsformen modernen Menschenhandels unter strafrechtlicher Sicht*, P. Lang, Frankfurt 1998.

y el empleo de extranjeros sin permiso de trabajo, el art. 313 el tráfico clandestino con inmigrantes extranjeros y el 188 el tráfico de personas, incluidos los extranjeros, con propósito de explotación sexual⁵. La LO 4 de 11 de enero de 2000, “sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, reguladora de toda la materia de extranjería y migraciones, ha introducido un delito “contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, como art. 318 bis, destinado a incriminar la promoción, el favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España, que castiga con prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, penas que eleva a prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses si la conducta se realiza con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima. Las penas se agravan en los respectivos casos si en la comisión de los hechos se pusiere en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima fuere menor de edad. Todas las penas se elevan respectivamente al grado superior si el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades. A ello se añade la inhabilitación de seis a doce años si el autor fuere funcionario.

A su vez, la Ley ha incrementado la pena tradicional del tráfico con mano de obra del art. 312 desde la prisión de seis meses a dos años hasta la de dos a 5 años, lo que parece excesivo, y ha incluido entre los fines que definen como criminal una asociación el de promover el tráfico ilegal de personas (art.515 6°).

III. Formulación de un eurodelito de tráfico de personas

A la luz de la experiencia jurídica comparada expuesta se formula en lo que sigue una propuesta de tipo que se justifica en los ulteriores apartados.

1. Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa quien, con ánimo de lucro y como miembro de una organización o en relación con ella,

a) reclute personas con la finalidad de transportarlas ilegalmente o fraudulentamente hacia el territorio de la Unión europea.

⁵ A. BAYLOS y J. TERRADILLOS, “Notas sobre las migraciones ilegales y su tratamiento en el Código penal de 1995”, en *Cuadernos de Relaciones laborales*, 10, 1997. Los mismos, *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Trotta, Madrid 1997, C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Comentario al art. 318 bis. Código penal*, Actualización 1999, Trivium, Madrid 2000 J. F. HIGUERA GUIMERÁ, “Tráfico ilícito de personas”, en *Estudios sobre la violencia familiar y agresiones sexuales*, III, Ministerio de Justicia 2000; J. R. SERRANO PIEDECASAS, “Los contra los derechos de los ciudadanos”, en *El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal*, en *Manuales de formación continuada* nº 5, CGPJ, Madrid 2000, p. 359 y ss.; M. L. MAQUEDA ABREU, “El tráfico de personas con fines de explotación sexual”, en *Jueces para la Democracia*, 38, 2000, p. 25 y ss.

- b) las transporte con esta finalidad u organice de otro modo su entrada ilegal o fraudulenta, o*
- c) una vez introducidas, las oculte o transporte clandestinamente u organice de otro modo su estancia ilegal o fraudulenta.*

2. La pena privativa de libertad será de diez años y se elevará la multa cuando concurran alguna de las circunstancia siguientes:

- a) haya empleado violencia, intimidación o engaño.*
- b) haya puesto en peligro la vida o la salud de la persona o infringido un trato degradante.*
- c) las personas sean menores de 16 años de edad o incapaces.*
- d) las personas estén destinadas a la explotación sexual o laboral o cualquier otra finalidad que resulte contraria a la dignidad de la persona.*

3. Estas conductas serán punibles aunque se realicen en un tercer Estado en el que no tengan carácter delictivo.

4. Por organización se entiende una asociación estructurada de más de dos personas que, establecida durante un cierto periodo de tiempo, actúe de manera concertada con el fin de realizar los comportamientos descritos en el número primero o cualquier otra que tenga como cometido la realización de delitos sancionados con pena o medida privativa de libertad superior a cuatro años.

5. La pena prevista en los números 1 y 2 se elevará cuando concurran alguna de las circunstancias siguientes:

- a) El autor sea funcionario público y realice la conducta prevaleándose de su cargo.*
- b) El autor tenga poder de decisión dentro de la organización o asociación delictiva.*

IV. Los bienes jurídicos protegidos

El estudio de las disposiciones penales de Alemania, Francia, Italia y España, así como la política comunitaria, evidencian los bienes jurídicos relevantes: la política migratoria, la libertad sexual de los inmigrantes y la protección de sus derechos laborales. Más que la conceptualización de estos intereses, quizás la cuestión político criminal más compleja resida en definir los ámbitos respectivos de intervención del derecho penal y del derecho sancionador administrativo conforme a los principios de última ratio y fragmentariedad.

La política migratoria constituye la actividad estatal que tiene como objetivo gestionar de modo adecuado los flujos migratorios. Con ello se per-

siguen objetivos de índole muy variada, que puede abarcar desde la prevención de problemas sociales (marginalidad, delincuencia, etc.), hasta preservar la identidad cultural de una sociedad. No obstante, los fines prioritarios de toda política migratoria son la regulación del mercado de trabajo y la conservación del nivel de prestaciones sociales. La política de cupos migratorios ha perseguido tradicionalmente que no aumente desmedidamente la demanda de trabajo con la consiguiente caída de los salarios. En algún país como Alemania y Francia existe un gran interés incluso en que los inmigrantes realicen su trabajo sin ser sometidos a discriminación alguna, pero si se observan con algo de detenimiento estas disposiciones pronto sale a la luz cómo la intención del legislador no es sólo la tutela del inmigrante frente a posibles discriminaciones, sino también la tutela de los salarios del mercado, evitando el riesgo de que bajen los salarios por efecto del hecho de que los inmigrantes acepten trabajos en condiciones salariales y otras que no aceptaría ningún nacional. Ampliamente conectado a cuanto acaba de señalarse se encuentra la pretensión de preservar el nivel de prestaciones sociales que caracterizan al Estado del bienestar. La llegada incontrolada y masiva de extranjeros sin recursos económicos y sin posibilidad de trabajar obligaría a arbitrar medidas asistenciales. con el fin de evitar problemas sociales y además a integrarlos en el sistema educativo y sanitario. La política migratoria trata de conseguir que los imparable flujos migratorios se realicen de modo tal que no desborden la capacidad financiera y asistencial del estado.

La política criminal de los países miembros establece, según se ha comprobado, una protección penal exhaustiva de la política migratoria, castigando todo el haz de conductas que tiene que ver con la inmigración ilegal. Prueba de ello es el castigo penal incluso del propio extranjero que inmigra ilegalmente en los ordenamientos Francés y Alemán, a diferencia de lo que acaece en España donde sólo se le sanciona administrativamente. La propuesta que aquí se hace, encaminada a la armonización de las legislaciones estatales, ha preferido seleccionar únicamente aquellas conductas de mayor gravedad y dejar en la competencia penal o administrativa de los Estados miembros el resto de las infracciones menos graves, particularmente la de conductas cuya gravedad parece más discutible como, singularmente, el castigo del inmigrante ilegal.

Pero el bien jurídico de la política inmigratoria no se tutela de modo universal sino fragmentariamente, frente a los ataques más graves, que se identifican en las conductas realizadas interviniendo una organización e inspiradas en el ánimo de lucro. Así, los supuestos de especial gravedad que se han seleccionado exigen la presencia de una organización más la actuación con ánimo de lucro. La existencia de una estructura organizada aumenta considerablemente la peligrosidad de este tipo de conductas en cuanto que permite el

tráfico ilegal a gran escala. En España y Alemania existe una agravación de la pena con idéntica fundamentación. No obstante, dado que el concepto de organización ilegal aún no ha sido absolutamente perfilado ni por el legislador ni por la jurisprudencia, como prueba el hecho de que en ocasiones se subsuman bajo este concepto supuestos de mera codelinquencia, se ha optado por incorporar la exigencia de ánimo de lucro, con el fin de garantizar que sólo los casos verdaderamente graves serán sancionados y eludiendo así el riesgo de castigar, por ejemplo, a una ONG que introduce o acoge inmigrantes desinteresadamente o incluso por razones humanitarias.

Conjuntamente con el tipo básico que tiene como bien jurídico protegido la política de inmigración, se ha incluido en el apartado 2 de la propuesta un catálogo de subtipos agravados de carácter pluriofensivo que presta protección a bienes jurídicos fundamentales del extranjero que con más frecuencia son puestos en peligro o lesionados.

El supuesto a) recoge lo que podríamos denominar la “inmigración forzada” y debe ponerse principalmente en relación principalmente con la conducta y fase de reclutamiento. La inclusión de los supuestos de violencia o coacción se incluyen más por razones sistemáticas que por la frecuencia criminológica de estos supuestos, pues dada la gran cantidad de “solicitudes” para inmigrar ilegalmente es muy dudoso que se intimide o se ejerza violencia con esta finalidad, salvo en el caso de menores. Claro está que se puede ejercer esta violencia, intimidación o engaño una vez llegado al país de destino, más entonces nos encontraríamos ya en concurso real con los delitos de amenazas, coacciones, los relativos a la prostitución, etc. Lo que aquí se desea castigar es exclusivamente forzar a una persona para que abandone su país. Mucho más frecuentes son en la práctica las conductas de engaño sobre las condiciones de la inmigración, en donde lo prometido y en lo que el inmigrante confía y por lo que paga es por un trabajo ordinario y resulta ser un destino en el escenario de la prostitución.

En el número b) se incrimina la añadida puesta en peligro de la vida o de la salud, la integridad corporal o la lesión de la dignidad de la persona en los modos o medios de realizar el tráfico. Con ello se incriminan aquellos supuestos en que bien los medios de transporte para la entrada o el tránsito o bien la forma de garantizar la estancia (ocultación) conlleva un grave riesgo. La realidad que subyace a este apartado es ampliamente conocida: desde las “pateras” hasta los casos en que los inmigrantes se “almacenan” en pequeños locales o contenedores de cualquier clase hasta que son llevados a su lugar definitivo. Aquí quedaría incluido igualmente, por existir peligro para la salud o la vida, los supuestos en que se obliga al inmigrante a transportar drogas en el interior de su cuerpo con el fin de pagar así el pasaje a la organización.

En los casos de peligro para la vida o salud corporal podría discutirse la eficacia del consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad o, dicho de otro modo, los efectos que para la imputación objetiva pueda tener la autopuesta en peligro por parte del inmigrante. Pero es que aunque en este punto nos encontramos ante un bien jurídico individual cuya puesta en peligro determina la existencia de delito, es necesario precisar que el consentimiento no tiene validez en relación a aquellos tipos que tienen como finalidad proteger los bienes jurídicos individuales de la parte más débil dentro de una relación. Existe acuerdo doctrinal en que el consentimiento no tiene eficacia alguna en aquellos tipos que presuponen una cooperación de la víctima y que sirven precisamente para su protección (abusos sexuales, usura, etc.).

El supuesto de menores e incapaces presenta escasas dificultades para su legitimación. Los riesgos que de una situación de ilegalidad se desprenden para el menor son mucho más relevantes, graves y ciertos que en el caso de los mayores. El tipo podría además actuar como un tipo de recogida en supuestos de tráfico de niños. En el ámbito internacional, el art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (20/11/1989) obliga en su art. 11 a los Estados partes a adoptar “medidas para luchas contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños al extranjero”.

El último apartado sanciona la inmigración ilegal cuando ésta tiene como fin la explotación sexual, laboral o cualquier otra finalidad contraria a la dignidad humana; constituye por tanto un delito de peligro respecto de estos bienes jurídicos. No obstante, puede mantenerse con el fin de justificar aún más la intervención penal que en todos estos supuestos existe ya un trato degradante. El supuesto arquetípico de trata de seres humanos es el siguiente: un ciudadano de un tercer país desea entrar en la UE y para ello se pone en contacto con una persona o una organización que le promete su introducción a cambio de un precio, como generalmente estas personas carecen de recursos económicos saldarán su deuda con lo único que tienen: su cuerpo y su fuerza de trabajo, que pondrán en manos del traficante para que lo venda, bien como objeto de explotación sexual, laboral o cualquier otro fin degradante (introducir droga, venta de órganos etc.). Es decir, el precio por la entrada es colocarse durante algún tiempo en una situación de propiedades materiales similares a la esclavitud.

Esta modalidad representa la zona de intersección entre los delitos de trata de seres humanos, y especialmente la “trata de blancas”, y la inmigración ilegal, en cuanto que el tipo propuesto sólo castiga los casos de tráfico de mujeres cuando va unida a una inmigración ilegal. Al menos el art. 188.2 del CP español, en consonancia con la Acción común de la UE de 24 de febrero de 1997, no exige para la comisión del delito la existencia de una entrada o tránsito ilegal, con lo cual su radio de acción resulta más amplio que el tipo

propuesto, que en un hipotético concurso de normas habría de aplicarse como consecuencia del principio de especialidad. Y ello no sólo por la existencia de un bien jurídico adicional (la política migratoria), sino también por la mayor indefensión en que probablemente se coloca a la persona en situación de residencia ilegal.

V. La conducta típica básica: recluta y organización de la entrada o estancia ilegal o fraudulenta de extranjeros

A la hora de enunciar los tipos básicos en el derecho de los países miembros que se ha examinado a la hora de describir las conductas típicas se bascula entre dos opciones, configurar el delito en torno a expresiones como el “tráfico ilegal” o la “entrada clandestina” (p. ej., art. 313 CP español o el par. 92 de la Ley alemana de extranjería) y, en su caso, adjuntando a esta característica la descripción de distintos comportamientos típicos con términos como introducción, ingreso, transporte, etc. (arts. 318 bis del CP español, art. 21 de la Ordenanza francesa de 2 de nov. de 1945, art. de la ley italiana de 6 de marzo de 1988). Esta última opción parece más conforme con el principio de legalidad, en cuanto que el concepto de tráfico resulta más indeterminado.

Conjuntamente con la ilegalidad se emplea la expresión “fraudulenta” en algunos supuestos, con la finalidad de captar el aprovechamiento por parte del sujeto activo del tráfico de las situaciones de aparente legalidad inicial o de cualquier otra condición a la que se sujete la legalidad de la estancia. Se trata en definitiva de posibilitar el castigo de comportamientos en fraude de ley. La realidad muestra una amplia gama de conductas de este tipo. Por ejemplo, los supuestos en los que el organizador del tráfico induce y prepara al extranjero para presentar solicitudes abusivas de asilo –caso expresamente incriminado en Alemania a consecuencia de su relevancia criminológica– o aquellos otros en los que se organiza una entrada legal con visado de turista y posteriormente se le retiran los medios económicos o los documentos de identidad para garantizarse el pago, pero también el supuesto mucho más frecuente de solicitud de visado para una estancia temporal de turismo o estudios pero con la finalidad de establecimiento definitivo.

En la selección de comportamientos típicos se ha optado por no incriminar exclusivamente la entrada, como quizás ocurra en el ordenamiento español (art. 318 bis y 313) sino también la estancia. Ello resulta lógico desde la perspectiva de los bienes jurídicos tutelados, pues los dos pueden lesionarse en ambos momentos.

La expresión organizar pretende abarcar aquellos casos en que el autor, aunque no transporte directamente al extranjero, domina aquellas condiciones bajo las cuales se produce su entrada. La fórmula empleada es más restrictiva

y taxativa que la utilizada en los derechos penales nacionales donde se utilizan expresiones bien conocidas y criticadas como la de “favorecer” o “ayudar”.

Por lo que se refiere al comportamiento consistente en transportar hacia el territorio de la UE, la propuesta adelanta la barrera de la consumación al incriminar supuestos en los que aún no se ha producido el ingreso. Esperar a este momento sería coherente en un tipo penal destinado exclusivamente a la tutela de la política migratoria o el mercado laboral (ej. art. 313 del CP español) pero no cuando entran en juego otros bienes jurídicos, de mayor importancia, que pueden ser lesionados con antelación

De los comportamientos descritos quizás el que puede presentar mayores reparos desde el punto de vista del principio de ofensividad es el reclutamiento, en cuanto que pudiera estimarse que supone una conducta demasiado alejada de la lesión del bien jurídico. Pero tal idea no resulta acertada, pues la conducta de reclutamiento es especialmente significativa en relación a la modalidad de explotación sexual o laboral ya que es en este momento donde se produce generalmente el pacto, la venta de la fuerza de trabajo o de la libertad sexual a cambio del paso de fronteras, que como se ha señalado ya supone un atentado contra la dignidad de la persona.

Por lo que se refiere a la descripción de las conductas típicas una vez que los inmigrantes han cruzado las fronteras, se ha dejado de lado conscientemente el modelo francés (art. 21 de la Ord. de 2 de nov. de 1945) que castiga genéricamente cualquier acto de favorecimiento de una estancia irregular, lo que se ampara en dos razones. La primera es, nuevamente, que desde el punto de vista del bien jurídico tutelado no tiene sentido incriminar cualquier colaboración con quien reside ilegalmente. Esta opción sólo tiene sentido dentro de una protección hipertrófica de la política migratoria. La segunda es que la descripción de los concretos actos incrementa notablemente la determinación del precepto. En cualquier caso, con el fin de abarcar modalidades de conducta merecedoras de sanción, se emplea de nuevo la expresión de organizar la estancia, que abarca tan solo las situaciones en que el autor domina las circunstancias bajo las cuales es posible la estancia irregular o fraudulenta.

La exigencia de ánimo de lucro incorpora una característica añadida al dolo del tipo objetivo que excluye de la criminalización todos los supuestos inspirados en motivaciones diferentes a la del tráfico lucrativo y que la práctica presenta, desde la colaboración desinteresada a la solidaria. También en relación con el tipo subjetivo debe tomarse en cuenta que en aquellos casos de coejecución o coautoría en los que uno de los autores sólo abarque las circunstancias objetivas que fundamentan el tipo básico será castigado conforme al mismo; igual solución debe aceptarse cuando se trata de un partícipe, aunque los autores hayan realizado el tipo agravado.

VI. Autoría y participación

Uno de los aspectos más complejos de la elaboración de la propuesta ha sido la opción sobre el modo de determinación del círculo de autores. Son bien conocidos los problemas de autoría que surgen en el ámbito de la criminalidad organizada: si se aplican los criterios tradicionales de demarcación entre la autoría y la participación, en la mayoría de ordenamientos europeos, que carecen de la ingeniosa aunque discutible cooperación necesaria, resultan autores solamente los sujetos que no ocupan nunca las escalas jerárquicas superiores dentro de la organización. Si se piensa, por ejemplo, en el transporte, el ocultamiento o incluso en la recluta, quien realice esta conducta será por lo común un miembro cualquiera de la banda, pero rara vez será el superior jerárquico, que verdaderamente será quien haya diseñado, impulsado y planeado el hecho o el conjunto de la actividad delictiva. Este podrá ser considerado sólo como participe, ya sea a título de inductor o de cómplice, lo cual resulta insatisfactorio al menos en un número considerable de casos. Con el fin de solucionar este problema se han elaborado diversas construcciones doctrinales que pretenden fundamentar la autoría del superior, bien sea a título de autor mediato o bien de coautor.

La propuesta de Roxin acerca de los aparatos organizados de poder, pese a ser formulada originariamente para los crímenes realizados por el nacionalsocialismo alemán y otras organizaciones paraestatales, tiene un alto rendimiento en este sector de la criminalidad organizada, como ha reconocido recientemente el propio TS alemán⁶. Esta construcción permite designar al jefe de la banda como autor mediato, sin dejar de considerar autor al ejecutor. El fundamento de la imputación es el denominado dominio de la organización, que se equipara a los supuestos tradicionales de autoría mediata como un caso más de dominio de la voluntad. El criterio más relevante para determinar la existencia de esta situación de dominio es el de la fungibilidad: el hombre de atrás cuenta con un número relativamente amplio de personas dispuestas a ejecutar el hecho, y domina el resultado típico en cuanto que la negativa de un ejecutor en concreto no impide su realización pues puede recurrir a cualquier otro. Un segundo requisito reclamado por Roxin es la necesidad de que el aparato de poder, el grupo organizado, esté desligado del ordenamiento jurídico. No es lógicamente necesario que esté en su intención realizar todos y cada uno de los delitos del Código penal. En última instancia, esta característica es un factor que favorece la fungibilidad, en el sentido de que los miembros de la organización cuentan con que si pertenecen a la misma deben realizar

⁶ ROXIN, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en *Revista Penal*, n° 2, 1998, p. 61 y ss.

ese tipo de conductas. Sin entrar a analizar los pormenores de esta teoría, lo cierto es que, como el propio Roxin reconoce, su aplicación nunca debe ser automática, sino que resulta necesario probar la existencia del dominio sobre la organización. Y es que no en todas las organizaciones criminales existen las altas dosis de jerarquía y disciplina que son necesarias para la existencia de fungibilidad.

La segunda propuesta mantenida en Alemania por Jakobs y Jescheck y en nuestro país por Muñoz Conde⁷, consiste básicamente en considerar al jefe de la banda como coautor. Todo ello sobre el entendido de que la decisión de pertenecer a la banda puede equipararse a la decisión conjunta de cometer el hecho y que el dominio sobre la organización permite afirmar el dominio funcional del hecho. Contra esta posibilidad se ha aducido que difumina una de las ideas claves de este instituto: la necesidad que los distintos coautores se encuentren a un mismo nivel. Y es que como señala Roxin, el que actúa ejecuta una orden y esto es lo contrario de la ejecución conjunta. Por otra parte, se indica además que el no exigir la presencia del coautor en el momento de la ejecución del hecho difumina también los contornos de la coautoría. Ahora bien, tampoco debe descartarse por principio esta construcción. La responsabilidad del jefe de la banda o, más en general, de todas las personas con un poder de decisión autónoma, representa una suerte de supuesto intermedio, una tierra de nadie, entre la inducción, la autoría mediata y la coautoría. En los casos de grupos criminales fuertemente disciplinados y jerarquizados la responsabilidad del superior se aproxima a la autoría mediata, que se caracteriza, ciertamente, por una desigualdad entre el autor mediato y el ejecutor. Cuando falten estas notas, con la consiguiente disminución del grado de fungibilidad, todos los miembros de la banda aparecen en un plano de mayor igualdad, que aproxima el problema de la responsabilidad a la coautoría.

Pero, como se advierte en lo expuesto, ninguna de las construcciones elaboradas gozan de una aceptación generalizada. Quizá por ello, el legislador, tanto nacional como supranacional, acuciado por las exigencias creciente de la lucha contra la criminalidad organizada, ha optado por dos estrategias diversas. La primera consiste en redactar determinados tipos de la parte especial, particularmente aquellos en los que con mayor frecuencia interviene la criminalidad organizada, conforme a una regulación muy próxima al concepto unitario de autor, es decir, de modo tal que cualquier contribución al resultado típico permite fundamentar la autoría. Este es el caso de los tipos español, italiano y francés de inmigración ilegal, que emplean verbos tan laxos como los de favorecer, promover o facilitar. Esta opción suele acompañarse con una

⁷ MUÑOZ CONDE, “¿Dominio de la voluntad en virtud del dominio de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?”, en *Revista Penal*, nº 6, 2000, p. 104 y ss.

agravación para los supuestos en que exista una organización delictiva y, en ocasiones, una agravación de segundo grado, para los jefes de la banda. Las críticas son conocidas: su escasa compatibilidad con el principio de legalidad y última ratio en cuanto que se acaban sancionando conductas muy alejadas del núcleo esencial de la conducta típica.

La segunda estrategia seguida contra el crimen organizado en materia de autoría reside en configurar como un delito autónomo la participación en una organización delictiva. La UE, en sintonía con las propuestas de la Naciones Unidas, aprobó en 1988 una Acción común (JAI 98/733) sobre la base del art. K.3 (hoy art. 31 TUE), relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la UE⁸. La acción obligaría a los Estados miembros a tipificar como delitos en su derecho interno alguno de estos dos comportamientos:

a) El de toda persona que, de manera intencional y teniendo conocimiento, bien del objetivo y de la actividad general de la organización, bien de la intención de la organización de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en aa) las actividades delictivas de la organización (constitutivas de delitos graves), aun cuando dicha persona no participe en la ejecución propiamente dicha de los delitos de que se trate, incluso cuando no tenga lugar dicha ejecución. O bien bb) participe en las demás actividades no delictivas de la organización, pero con conocimiento de que su participación contribuye a la ejecución de las actividades de la organización constitutivas de delitos graves.

b) La conducta consistente en concertarse con una o varias personas para llevar a cabo una actividad que, en caso de materializarse, equivalga a la comisión de delitos graves, aunque dicha persona no participe en la ejecución propiamente dicha de la actividad.

Esta figura diseñada por la Acción común aspira a castigar al jefe de la organización del que no se pueda probar ninguna participación directa en el hecho, al igual que al resto del personal de la banda que no participando en la ejecución de los delitos concretos participa en la gestión y logística de la organización, con pleno conocimiento de la actividad criminal que entre todos desarrollan. Igualmente aseguraría el castigo de la conspiración, incluyendo en ello a los que no van a implicarse en la ejecución.

Una vez esbozada la problemática de la autoría dentro de organizaciones criminales, debe indicarse que en la propuesta se ha decidido evitar la estrategia seguida por las legislaciones nacionales y configurar el tipo de

⁸ I. BLANCO e I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Principales instrumentos internacionales relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y la aplicación de la ley penal en el espacio y los problemas de aplicación de la ley en el espacio", en *Revista Penal*, nº 6, 2000, p. 3 y ss.

acuerdo con el sistema de autoría restrictivo (que es el se ha propuesto en la Parte General de los eurodelitos), por entender que se acomoda mejor a las exigencias del principio de determinación, ya que se describe exactamente en qué consiste el comportamiento típico, y del de ultima ratio, pues el sistema unitario conduce hasta, por ejemplo, castigar supuestos de complicidad en grado de tentativa. El *Corpus Iuris* en su art. 12 adopta también este sistema indicando que esta diferenciación responde a la “tradición histórica de Europa y a la gran parte de los ordenamientos jurídicos actuales”. Este texto ha dejado de incluir en su versión 2000 dentro de la inducción los casos de “abuso de autoridad o de poder” con lo que intentaba solucionar expresamente el problema de la autoría dentro las organizaciones delictivas. Pero lo que a todas luces resulta evidente es que en la formulación de un precepto europeo el único camino metodológicamente correcto para resolver estos problemas de autoría en organizaciones criminales no puede ser otro que en una norma de parte general al respecto y no en una cláusula típica de la parte especial, como ocurre con la denostada fórmula de parte especial del favorecimiento.

VI. Extraterritorialidad y supresión de la exigencia de doble incriminación

El párrafo tercero de la propuesta de eurodelito establece la extraterritorialidad de la aplicación del tipo penal y además suprime la exigencia de la doble incriminación. Se trata de otra estrategia clásica en la acción internacional contra el crimen organizado⁹. La supresión de la doble incriminación, desde el punto de vista del derecho penal internacional, convierte a estos delitos en una suerte de grupo intermedio entre los supuestos de personalidad activa y justicia universal. Así, por una parte, permite castigar no sólo a españoles que cometan estas infracciones en el extranjero, sino a cualquiera que sea el autor con indiferencia de su nacionalidad, lo que es un efecto más amplio que el principio de personalidad activa, pero, por otra parte, no se castiga, como derivaría del principio de justicia universal, cualquier delito cometido en cualquier parte del mundo, sino sólo los cometidos en el extranjero que van a terminar repercutiendo dentro del territorio.

En España, la LO 11/1999, de reforma de los delitos contra la libertad sexual ha modificado el art. 23.2 de la LOPJ, en donde se contiene el principio de personalidad activa, con el fin de exceptuar el principio de doble incriminación cuando obligue a ello un Tratado internacional. Esta opción se promueve en algunos Convenios de la UE, por ejemplo, en el relativo a la Protección de los intereses financieros de la Comunidad de 1995 (art. 4) que obliga a los Estados a establecer su competencia siempre que “el autor de la infracción

⁹ Vid. de nuevo I. BLANCO e I. SÁNCHEZ, cit., p. 9 y s.

sea un nacional del Estado miembro..., entendiéndose que el Estado miembro podrá exigir que el comportamiento sea punible en el país donde se perpetró”, esta última restricción desaparece en acciones y declaraciones posteriores, particularmente tras la JAI de criminalidad organizada.

La principal crítica que se realiza contra la supresión de la exigencia de la doble incriminación es que afecta al principio de seguridad jurídica, en cuanto que no permite al ciudadano confiar en la legislación penal del país en que se encuentra. Por ello sólo debe exceptuarse ante hechos graves, como son sin duda los que nos ocupan. Y, a su vez, en los supuestos en que pueda apreciarse que el sujeto actuó en una confianza razonable en la legalidad de la conducta pueden solventarse a través del tratamiento del error de prohibición.

Pero las cláusulas por las que se amplía territorialmente la competencia penal del Estado no alcanzarán plena eficacia si no se mejoran en general los medios de cooperación judicial y policial y, en particular, las normas internas e internacionales que regulan la extradición, pues como es conocido la regla de doble incriminación es básica también en esta materia. La ratificación generalizada del Convenio de extradición entre los Estados miembros de la UE de 1996 supondría un gran avance en la materia pues atenúa en su art. 3.1 esta regla, exceptuándola en los supuestos de conspiración y cooperación para cometer determinados delitos, singularmente cuando estos suponen una forma de delincuencia organizada.

Pero en relación a la trata de personas la solución no se alcanza solo dentro del espacio jurídico de la UE, sino que requiere estrechar la cooperación internacional con los países terceros y mejorar los mecanismos de extradición con los países de origen del tráfico de personas. Ahora bien, en todo caso es presupuesto de esa cooperación el que el comercio de personas sea perseguible criminalmente desde el país de destino, para lo que resulta capital la extraterritorialidad del delito.

VII. El concepto de organización criminal

El concepto de organización criminal¹⁰ que se formula en el apartado 4 de la propuesta es similar al ofrecido por la reciente Acción común de la UE destinada a la lucha contra la criminalidad organizada (1998), en cuanto que contiene las dos condiciones básicas de toda organización delictiva: la permanencia en el tiempo y la existencia de una estructura. Estas dos

¹⁰ Sobre el concepto de criminalidad organizada, desde una perspectiva criminológica y jurídico material vid. ANARTE BORRALLLO: “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en Ferré Olive/Anarte Borralllo (comp.): *Criminalidad Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, p. 13 y ss.

notas garantizan la distinción entre la organización y los supuestos de simple codelinquencia, reservando para la primera el mayor rigor penal.

La definición propuesta pretende además que sean consideradas organizaciones delictivas no solo las creadas específicamente para la comisión de este delito, sino también aquellas otras que aunque se dediquen principalmente a otras actividades no delictivas aprovechen su estructura para realizar estos delitos de trata de personas.

VIII. AGRAVANTES

El apartado 5 de la propuesta contiene dos agravantes que incrementan la pena, tanto en el tipo básico como el agravado, por comportar un grado mayor de injusto: la condición del autor de funcionario público o la de directivo de la organización. No es necesario insistir en su justificación.

La experiencia demuestra la relevancia criminológica de la corrupción de funcionarios vinculada al tráfico ilegal de personas. La agravante coincide con la establecida en el art. 318 bis del CP español. Aunque no se señala concretamente en la propuesta el concepto de funcionario con el que se opera, éste es el mantenido por el art. 3 del *Corpus iuris* que coincide, a su vez, con el ofrecido por el art. 1 del Protocolo adicional al Convenio PIF de la UE de 1995. Este concepto no resuelve, sin embargo, si se puede aplicar la calificación a funcionarios de terceros países. En este punto lo más adecuado resulta respetar la legislación de cada país. En el sentido de que sólo procede aplicar la cualificación si el sujeto resulta funcionario de acuerdo con el concepto penal que exista en su país.

Por lo que se refiere al “jefe de la organización” el fundamento de la agravante radica en establecer una penalidad más elevada cuando el autor es además directivo de la organización. Con ello se consigue distinguir la penalidad del superior de la de quien ejecuta el hecho pero sólo es un subordinado. En cuanto a la técnica legislativa empleada, se ha preferido describir materialmente el concepto de “jefe” de la organización, atendiendo a la existencia de una capacidad de decisión autónoma. Este criterio permite aplicar la agravación no solo al “jefe” *strictu sensu*, sino a todos los directivos de la organización. El criterio es paralelo al empleado por Roxin en su teoría de los aparatos organizados de poder, según la cual autor mediato no sólo sería el responsable último sino cualquier persona con capacidad para transmitir órdenes dotado de un poder de decisión autónomo.