

ÚLTIMAS REFORMAS EN EL DERECHO PENAL DE EXTRANJEROS: UN NUEVO
PASO EN LA POLÍTICA DE EXCLUSIÓN

Patricia Laurenzo Copello

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Málaga

Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación “El papel
de las diferentes instituciones en el ámbito de la inmigración”, BJI-
2001-2881 del Ministerio de Ciencia y Tecnología

<http://www.cienciaspenales.net>

ÚLTIMAS REFORMAS EN EL DERECHO PENAL DE EXTRANJEROS: UN NUEVO PASO EN LA POLÍTICA DE EXCLUSIÓN*

PATRICIA LAURENZO COPELLO
CATEDRÁTICA DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

1. Dentro de la corriente regresiva y conservadora de la reforma penal de 2003, marcada por el fuerte predominio de la idea de seguridad frente a cualquier consideración de corte garantista o simplemente humanitario¹, era casi inevitable que ocupara un papel destacado la criminalidad relacionada con el fenómeno de la inmigración. En parte, porque las más recientes directrices de la Unión Europea apuestan de modo decidido por la severidad punitiva como estrategia principal para la contención del creciente negocio del tráfico de seres humanos. Pero, además, porque, ya en clave interna, desde hace tiempo las autoridades públicas venían transmitiendo una interesada vinculación entre inmigración e inseguridad ciudadana² -con la inestimable ayuda de los medios de comunicación³- que tarde o temprano tenía que desembocar en la intensificación de la política de exclusión de cuantos extranjeros pudieran ser sospechosos de cometer delitos, una tendencia que se ha venido a concretar en la generalización de la figura de la expulsión como sustitutivo de penas y medidas de seguridad incluso en casos de delitos graves.

* Este trabajo se elabora en el marco del proyecto de investigación “ El papel de las diferentes instituciones en el ámbito de la inmigración” , BJ1-2001- 2881 del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

¹ Véase MAQUEDA ABREU, *Crítica a la reforma penal anunciada*, en *Jueces para la Democracia*, nº 47, 2003, p. 6.

² Así, con razón, GONZÁLEZ CUSSAC, *La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal*, en *Revista Xuridica Galega*, nº 38, 2003, p. 16.

³ En los últimos años la crónica criminal se ha instalado entre los temas más destacados de los medios de comunicación – y no sólo de la llamada “ prensa amarilla” -, desempeñando un papel decisivo en la difusión del sentimiento de inseguridad entre amplias sectores de la población -véase al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, en *Jueces para la Democracia*, nº 49, 2004, p. 29.

2. En efecto, si ya antes de la reforma de 2003 la figura de la expulsión recogida en el art. 89 CP resultaba difícil de caracterizar como un auténtico sustitutivo penal por su carácter ambivalente no siempre comprensible desde la perspectiva de la prevención especial⁴, a partir de las modificaciones introducidas por la LO 11/2003 – de 29 de septiembre- queda claro su carácter de mero instrumento ejecutor de una política inocuizadora decidida a deshacerse a toda costa de cuanto extranjero irregular infrinja las leyes penales en nuestro país⁵. Sólo así se entiende la decisión de convertir esta medida en sustitutivo *obligatorio* de todas las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a extranjeros no residentes legales, con la única salvedad de que “ la naturaleza del delito” justifique el cumplimiento de la condena en España. Una excepción que en nada se relaciona con las circunstancias personales o familiares del penado⁶, sino únicamente con motivos preventivo generales que pudieran aconsejar la ejecución de la pena de cara a evitar situaciones de alarma social, como sería el caso, por ejemplo, de extranjeros implicados en delitos de pornografía infantil o tráfico de drogas⁷, por no citar el tráfico de seres humanos que el propio art. 89.4 se encarga de excluir expresamente.

La misma idea de deshacerse a toda costa de los extranjeros infractores de la ley penal explica que la expulsión obligatoria se extienda a los condenados a penas superiores a seis años de prisión cuando han alcanzado el plazo para beneficiarse de la libertad condicional – las tres cuartas partes de la condena- e incluso antes de ese plazo si acceden al tercer grado penitenciario, una medida esta última que, puestos a pensar mal, parece destinada a ofrecer un instrumento más a Instituciones Penitenciarias para reducir la alta población extranjera en prisiones españolas.

⁴ Ese carácter ambivalente, propio de una medida sustentada en criterios ajenos al Derecho penal, hace que en ocasiones la expulsión aparezca como una vía de escape para evitar serias penas de prisión, mientras en otras – sobre todo si la infracción penal es leve o poco grave- adquiera un carácter afflictivo mayor que la pena privativa de libertad. Véase ampliamente al respecto, ASÚA BATARRITA, *La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración*, en LAURENZO COPELLO, *Inmigración y Derecho Penal*, cit., en especial, p. 53.

⁵ Incluso en su configuración facultativa inicial, ya la doctrina apuntaba a este fin inocuizador de la expulsión. Véase al respecto, con más referencias bibliográficas, MAQUEDA ABREU, *¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?*, en *Los derechos humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Granada, 2001, p. 513.

⁶ Hasta el punto de que desaparece la exigencia de oír al penado que existía en la inicial configuración de la expulsión como medida facultativa. Sobre los requisitos y el procedimiento de expulsión antes de la reforma, véase FLORES MENDOZA, *La expulsión del extranjero en el Código penal español*, en LAURENZO COPELLO, *Inmigración y Derecho Penal*, cit., pp. 121 y ss.

⁷ Precisamente en el tráfico de drogas es donde la jurisprudencia se ha mostrado más reticente a ordenar la expulsión sustitutiva por considerarla discriminatoria respecto de los nacionales o extranjeros regularizados. Véase, ampliamente, ASÚA BATARRITA, *La expulsión del extranjero como alternativa a la pena*, cit., p. 51.

La finalidad inoquizadora de la nueva figura de la expulsión se refuerza aún más por la unificación del período de prohibición de regreso a territorio español, que el art. 89.2 eleva a diez años para todos los extranjeros expulsados por la comisión de cualquier delito, con total independencia de la duración de la pena que se sustituye⁸. Se consagra así una nueva y flagrante lesión del principio de proporcionalidad que puede convertir una sanción penal leve por una simple falta en una privación de derechos – la de ingresar o transitar por determinado territorio- de duración inusitadamente grave, todo ello con el aditamento de que si se quebranta la prohibición de regreso, el plazo vuelva a computarse íntegramente, sin consideración alguna del tiempo ya cumplido.

Y si después de cuantos argumentos se han esgrimido queda todavía alguna duda sobre el sentido puramente defensivo e inoquizador de la actual medida de expulsión, baste con recordar que los mismos criterios de obligatoriedad y severidad en la expulsión se extiende también a los casos de sustitución de medidas de seguridad impuestas a extranjeros no residentes legales, sean o no privativas de libertad – art. 108 CP-. Más allá de la patente insolidaridad con los países de origen que supone el envío en condiciones de libertad de personas inimputables de una peligrosidad criminal demostrada, en este caso más que en ningún otro resulta discutible la legitimidad constitucional de una medida que niega a determinadas personas el derecho a la rehabilitación social sólo en razón de su nacionalidad.

3. A la vista de estas y otras modificaciones de la LO 11/2003 en lo relativo al Derecho penal de los extranjeros, resulta cuando menos paradójica la declaración de su Exposición de Motivos en el sentido de perseguir un mayor grado de integración social de este colectivo en España. Esa declaración de principios, amparada, como veremos, en una tramposa reforma del delito de tráfico de personas, oculta en realidad una serie de medidas que, en su conjunto, sólo permiten catalogar los últimos pasos del ordenamiento penal en esta materia como la definitiva consolidación de una política de exclusión y estigmatización del inmigrante⁹.

Buen ejemplo de esa ambigüedad en la que se mueve el legislador lo encontramos en la innecesaria introducción de la “ mutilación genital” como una forma específica de lesiones graves del art. 149 del Código penal, una modificación destinada sin duda a conformar a cierta opinión pública que, ignorante de los contenidos de la legislación punitiva, se mostró alarmada por la aparición en España de algunos casos de ablación del clítoris en niñas de origen africano. En lugar de tranquilizar a esos sectores sociales con la sencilla aclaración de que tales conductas encontraban ya perfecto acomodo entre las lesiones graves consistentes en la “ pérdida o inutilización de un órgano o miembro principal” (art. 149.1 C.P), el legislador español no dudó en valerse del Derecho penal para transmitir una vez más una imagen de

⁸ Antes de la reforma el art. 89 contemplaba un marco flexible de 3 a 10 años que el juez debía concretar en atención a la gravedad de la pena impuesta.

⁹ GONZÁLEZ CUSSAC -*La contrarreforma penal de 2003*, cit., p. 32- se refiere a la “ escasa sensibilidad con los derechos humanos” que transmiten las medidas adoptadas en esta materia por la LO 11/2003, de 29 de septiembre.

agilidad y firmeza a la hora de dar respuesta a los problemas comunitarios y añadió así un segundo apartado al art. 149 CP¹⁰ que, por reiterativo y superfluo, sólo cabe calificar como mera “ cláusula interpretativa” ¹¹. Y todo ello sin reparar en el efecto estigmatizante que supone para los inmigrantes de origen africano la mención expresa en la legislación penal de ciertas prácticas de las que se les considera portadores directos y exclusivos, prácticas que la propia Exposición de Motivos de la LO 11/2003 vincula con “ razones pretendidamente religiosas o culturales” relacionadas “ con la integración social de los extranjeros en España” . Teniendo en cuenta la indudable subsunción de estos comportamientos en la figura general de lesiones graves, resulta muy difícil comprender en qué puede favorecer a la “ integración social” de los extranjeros la introducción de una figura que viene a reforzar la creencia popular que ya relaciona a los extranjeros de determinadas etnias o nacionalidades con culturas salvajes más o menos primitivas. Ni siquiera la previsión expresa de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento parecen justificar la reforma del art. 149, pues, aunque esa medida sea aconsejable cuando en la mutilación genital estén implicados los responsables legales de la menor, da la impresión de que las reglas de las penas accesorias del art. 56 CP ya permitía llegar al mismo resultado al tratarse de supuestos en los que concurre la requerida “ relación directa” entre el hecho y los deberes relativos a la patria potestad de los que se priva al autor del delito (art. 56 CP).

Pero más allá de estos destellos puntuales de Derecho penal simbólico, lo cierto es que en materia de extranjería la reforma penal de 2003 tiene objetivos muy concretos que superan ampliamente la mera transmisión de mensajes más o menos subliminales al conjunto de la sociedad. Al contrario, se trata de una reforma puesta al servicio de una severa política migratoria que busca en el Derecho penal una herramienta efectiva y pragmática para el control y reducción de la presencia de extranjeros indocumentados en territorio español. Unos objetivos que no sólo colocan en su punto de mira, como se ha visto, al extranjero autor de delitos (condenado o presunto) sino también a los inmigrantes que, sin haber infringido ley penal alguna, pretenden taspasar nuestras fronteras de forma clandestina o ilegal. Y esto último porque, más allá de la voluntad declarada de dotar de mayor protección a las víctimas de las mafias de tráfico de seres humanos¹², lo cierto es que las modificaciones introducidas en el

¹⁰ El art. 149.2, introducido por la mencionada LO 11/2003 castiga con la misma pena de prisión prevista de modo general en el apartado 1 para las lesiones graves – prisión de seis a doce años- a quien “ causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones” . A esta pena se añade como facultativa la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad a la que se aludirá en el texto.

¹¹ Así, con razón, SANZ MORÁN -*Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal*, en Revista de Derecho Penal, nº 11, 2004, p. 39-, quien alude a un uso puramente simbólico del Derecho penal “ en el sentido más negativo de esta expresión” .

¹² La Exposición de Motivos de la mencionada LO justifica la reforma del art. 318 bis apelando a la necesidad de combatir con mayor intensidad el tráfico de seres humanos “ que impide la integración de

art. 318 bis CP vienen a penalizar prácticamente cualquier conducta que implique ayudar a un extranjero a traspasar de modo irregular las fronteras del Estado – incluso los actos desinteresados y ajenos a cualquier organización delictiva-, convirtiendo así al Derecho penal en un instrumento más de contención de los flujos migratorios. Veamos por qué.

4. El delito de tráfico de seres humanos del art. 318 bis ha sufrido una importante reestructuración con motivo de la reforma de la LO 11/2003. La Exposición de Motivos justifica estos cambios apelando a la armonización de la legislación comunitaria en esta materia que impulsó el Consejo Europeo en su reunión de Tempere de octubre de 1999 y que se concretó posteriormente en la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002, y en la Decisión Marco de la misma fecha, destinadas ambas a definir y reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular de extranjeros en territorio comunitario.

Las modificaciones comienzan en el tipo básico del art. 318 bis.1, cuyo ámbito de prohibición resulta considerablemente reforzado no sólo por un sorprendente endurecimiento de la pena, sino también por la introducción de nuevos elementos en la definición de los comportamientos típicos. Así, no parece meramente estilístico el añadido de los términos *directa o indirectamente* a la hora de describir las conductas básicas consistentes en promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal de personas. Parece, más bien, que por esta vía el legislador intenta asegurar la punición de todos “ los eslabones de la cadena” del tráfico¹³, desde la fase de reclutamiento en los países de origen hasta el apoyo posterior a la llegada del inmigrante a territorio español, sin descuidar cuantos comportamientos puedan facilitar, siquiera sea de modo indirecto, las operaciones de entrada o paso ilegal – falsificación de documentos, simulación de contratos de trabajo, préstamo de dinero para simular solvencia en el paso fronterizo, etc-.

Si la ya dilatada extensión del abanico de comportamientos punibles era un motivo de inquietud antes de la reforma, no es difícil imaginar la preocupación añadida que suscita, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, esta nueva ampliación típica. Únicamente la identificación de un bien jurídico de gran entidad y relevancia permitiría contrarrestar la fundada sospecha de un uso abusivo del Derecho penal puesto al servicio de la “ protección hipertóxica de la política migratoria” ¹⁴ del Estado. Pero esta tarea, ya difícil con la

los extranjeros en el país de destino” . Sin embargo, como veremos más adelante, las modificaciones superan con mucho este loable objetivo.

¹³ Así, en relación al antiguo delito de trata sexual de personas del art. 188.2 – hoy modificado-, del que posiblemente el legislador haya exportado la idea de incluir la precisión típica a la que nos venimos refiriendo, MAQUEDA ABREU, *Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas*, en LAURENZO COPELLO (Coord.), *Inmigración y Derecho Penal*, Valencia, 2002, pp. 268 y s.

¹⁴ ARROYO ZAPATERO, *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos*, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. II, Cuenca, 2001, p. 37.

inicial formulación del delito de tráfico de personas¹⁵, se convierte hoy en una empresa casi imposible. En parte, por la desmedida elevación de las penas, que sitúa nada menos que en cuatro años de prisión el mínimo aplicable a unas conductas básicas en las que todavía no se contempla ni uno solo de los elementos que conceden auténtica gravedad al tráfico de seres humanos, como los modos de ejecución violentos o engañosos, las situaciones de peligro para los inmigrantes, el ánimo de lucro o la pertenencia del autor a grupos organizados, todos ellos previstos en nuestra legislación como meras circunstancias agravantes. Pero es que, además, tras la reforma de 2003, las conductas básicas abarcadas por este delito ya no son sólo las vinculadas con el *tráfico ilegal* de personas en sentido estricto, sino que su espectro se amplía a cuantos actos supongan alguna colaboración con la *inmigración clandestina* desde, en tránsito o con destino a España, una ampliación que viene a extender el tipo prácticamente a cualquier comportamiento consistente en promover, favorecer o facilitar la entrada o tránsito irregular de inmigrantes por territorio español, con independencia de que en tales operaciones resulten o no comprometidos los derechos de los extranjeros implicados. Se refuerza así la opinión – hasta ahora minoritaria- que venía identificando el objeto de tutela de este delito, al menos de su tipo básico, exclusivamente con la política migratoria del Estado¹⁶, dejando fuera de la finalidad tuitiva del art. 318 bis.1 los derechos del propio inmigrante.

Cierto es que, desde un principio, buena parte de la doctrina relacionó la decisión político criminal de penalizar el tráfico de seres humanos con la pretensión del Estado de mantener bajo control los flujos migratorios¹⁷. Pero la expresa referencia del Código penal a “ los derechos de los ciudadanos extranjeros” ¹⁸ y, sobre todo, la preocupación por mantener la vigencia de los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, llevó a la mayoría a

¹⁵ El artículo 318 bis proviene de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LEX). Sobre las diversas posturas relativas al bien jurídico en este delito, véase, LAURENZO COPELLO, *La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 12, 2003, pp. 69 y ss.

¹⁶ Muy claro en esta línea, apelando al legítimo interés estatal en preservar las bases del mercado laboral y el nivel de las prestaciones sociales propias del Estado del bienestar, ARROYO ZAPATERO, *Propuesta de un eurodelito*, cit., p. 33. También RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ley de extranjería y Derecho penal*, en La Ley, nº 5261, 2001, p. 2; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal*, en “ El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal” , CGPJ, 1999, p. 355.

¹⁷ Más detalles en LAURENZO COPELLO, *La protección penal*, cit., pp. 70 y s.; también PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Granada, 2004, p. 163.

¹⁸ Así se denomina el Título XV bis que contiene el art. 318 bis. Con distintos matices, muchos autores se basan en esta denominación legal para definir el objeto de tutela. Así se habla, por ejemplo, del derecho a la integración social del extranjero o del “ estatuto jurídico del extranjero” . Véanse, por ejemplo, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 58; NAVARRO CARDOSO, *Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, en Revista Penal, nº 10, 2002, pp. 45 y ss.

trascender ese interés supraindividual -que se consideraba suficientemente amparado por las normas administrativas¹⁹- para buscar otros bienes jurídicos de mayor relieve.

Sin duda, el principal obstáculo para alcanzar esos objetivos legitimadores siempre se ha encontrado en la decisión político criminal de dejar fuera de la conducta básica cuantos elementos suelen dar forma al tráfico de personas en la legislación comparada e internacional como un supuesto de mercantilización de seres humanos, en particular, el ánimo de lucro y la pertenencia del autor a redes organizadas²⁰. Conscientes, quizás, de que son precisamente esas y otras circunstancias características de una posición de superioridad y abuso por parte de los traficantes – como los métodos engañosos o el abuso de situaciones de necesidad- las que conceden auténtica gravedad a este tipo de comportamientos, algunos autores han optado por calificar al tipo básico del art. 318 bis.1 como un delito de peligro abstracto, destinado a adelantar las barreras de protección de un conjunto más o menos indiferenciado de “ derechos individuales de los ciudadanos extranjeros” ²¹ o, de modo más preciso, de la dignidad de los ciudadanos extranjeros como colectivo especialmente vulnerable²².

Sin embargo, ni siquiera el recurso a un bien jurídico de tanta entidad como la dignidad personal permite justificar la imposición de penas de cuatro a ocho años de prisión a conductas de promoción o favorecimiento de la entrada irregular de extranjeros a España que sólo “ hipotéticamente” pudieran llegar a “ causar un perjuicio a la dignidad humana de los extranjeros” ²³. El hecho de que, por regla general, estos comportamientos puedan degenerar en violaciones de la dignidad de los inmigrantes – por las consecuencias perjudiciales derivadas de la situación de clandestinidad²⁴- no es suficiente para legitimar semejante respuesta punitiva. En mi opinión, si algo podía hasta ahora dar sentido al tipo básico del art. 318 bis, no era ese riesgo genérico e indeterminado de vulneración de la dignidad asociado prácticamente a cualquier apoyo al inmigrante ilegal, sino la efectiva lesión de ese bien jurídico

¹⁹ Así, VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, 3ª ed., 2002, p.1161.

²⁰ Sobre la importancia de estos elementos en la configuración del concepto de trata sexual de personas, probablemente el primer supuesto de tráfico de personas que despertó el interés de la comunidad internacional, véase, ampliamente, MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*, Valencia, 2001, pp. 14 y ss.

²¹ Así GARCÍA ESPAÑA/ RODRÍGUEZ CANDELA, *Delitos contra los derechos de los extranjeros (artículo 318 bis del Código Penal)*, en *Actualidad Penal*, nº 29, 2002, p. 733.

²² De esta opinión, PÉREZ CEPEDA, *Globalización...*, cit., pp. 176, 179, si bien esta autora se decide por la figura del “ peligro hipotético” , exigiendo la idoneidad de la conducta básica para poner en peligro la dignidad de los extranjeros.

²³ PÉREZ CEPEDA, *Globalización...*, cit., p. 176.

²⁴ Además, como bien admite PÉREZ CEPEDA -*Globalización...*, cit., p. 169-, no son los traficantes sino la propia legislación de extranjería la que limita los derechos de los extranjeros y los “ arrojan al mercado de los traficantes” .

– o, si se prefiere, de la integridad moral- que cabe predicar de algunos – y sólo de algunos²⁵- actos específicos de promoción o favorecimiento, en concreto, de aquellos que suponen someter al inmigrante a la condición de mero objeto de intercambio, de instrumento al servicio de intereses de terceros. Pero este punto de vista restrictivo, que hasta ahora era posible con una interpretación estricta del concepto de “ tráfico ilegal” ²⁶, resulta muy difícil de sostener desde que la LO 11/2003 introdujera una nueva variante en la formulación de las conductas típicas de promoción o favorecimiento que ya no tienen como único punto de referencia el “ tráfico ilegal” sino también la más genérica “ inmigración clandestina” .

Este añadido resulta perturbador de cara a sostener una interpretación centrada en el propio inmigrante como sujeto pasivo del delito porque la idea de “ inmigración clandestina” carece por sí misma de las connotaciones de “ cosificación” o instrumentalización propias del concepto de “ tráfico” . Y es que, como bien afirma Terradillos, “ por inmigración clandestina hay que entender no sólo la totalmente oculta, sino la realizada con infracción de lo dispuesto en la LEX” ²⁷. Por eso la actual formulación legal alienta una interpretación amplia del tipo básico capaz de dar cabida prácticamente a todo comportamiento de promoción o favorecimiento de la entrada o tránsito irregulares de extranjeros por territorio español.

Con todo, una acertada línea jurisprudencial intenta restringir hasta cierto punto esa desmesura legislativa mediante una interpretación estricta de los conceptos de clandestinidad y tráfico “ ilegal” , en cuya virtud se exige que la requerida ilegalidad concorra en el momento de la *entrada* en territorio español – sea por “ el uso de medios de ocultación (esconderlos en camiones, pateras, etc)” o por entrar “ por lugares inadecuados o indebidos” ²⁸-, excluyendo así del ámbito de punición penal los actos de favorecimiento relacionados con inmigrantes que ingresan regularmente en España -por pasos fronterizos habilitados al efecto, con pasaporte

²⁵ La propuesta que formulé en su momento de identificar el bien jurídico del antiguo art. 318 bis con la integridad moral iba dirigida a limitar el alcance del tipo con el fin de excluir las conductas de colaboración en la entrada de inmigrantes que en nada afectaran a ese bien jurídico y no, como parece entender MAQUEDA ABREU – en *¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis.2? Las sinrazones de una reforma*, en prensa-, como mera fórmula para justificar la punición de cuantos comportamientos se vinculan con el traslado de extranjeros a nuestro país por terceros, aunque sea con su anuencia y en condiciones seguras.

²⁶ Se trata de optar por un concepto restringido de “ tráfico” frente a la variante que lo identifica con el simple desplazamiento de personas desde fuera hacia dentro del territorio español. Véase al respecto, LAURENZO COPELLO, *La protección penal*, cit., p. 71. Un criterio restrictivo de estas características aplicó la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 5ª) en su Sentencia de 5 de enero de 2004 partiendo de una adecuada interpretación teleológica según la cual sólo son subsumibles en el art. 318 bis aquellas conductas que perjudiquen de algún modo “ los derechos de los ciudadanos extranjeros” . Sobre esa base se excluyó la conducta de quien intentó obtener permisos de residencia y trabajo falsos para facilitar la entrada a España de un hermano.

²⁷ TERRADILLOS BASOCO, *Tráfico ilegal de emigrantes*, en “ Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías” , Madrid, 2001, p. 24.

²⁸ SAP de Valencia, Sección Tercera, 23/04/2003.

válido y auténtico y con permiso de permanencia por un plazo determinado²⁹- y luego caen en la ilegalidad³⁰. De esta manera, casos tales como proporcionar alojamiento u otra clase de ayuda a extranjeros que en su momento pasaron la frontera cumpliendo todas las formalidades legales quedarían relegados al plano exclusivo de las infracciones administrativas y sólo a condición de que concurra ánimo de lucro³¹. Esta interesante tendencia restrictiva puede verse perturbada, sin embargo, por criterios algo más laxos reconocidos recientemente por el Tribunal Supremo, como la Sentencia de 26 de diciembre de 2003 que consideró aplicable el art. 318 bis a quien proporcionó alojamiento a extranjeros que entraban como turistas pero con la voluntad predeterminada de buscar trabajo y permanecer indefinidamente en España³².

En realidad, se trata de fluctuaciones interpretativas perfectamente comprensibles a la vista del escaso margen de maniobra que permite la actual formulación del tipo básico del delito de tráfico de personas de cara a reducir de algún modo su excesivo rigor. Los añadidos a la definición típica prácticamente no dejan posibilidades de vincular esta figura con la tutela de los extranjeros que protagonizan la inmigración clandestina y, por eso, se impone cada vez más la insatisfactoria conclusión, ya adelantada por el Tribunal Supremo, de encontrarnos ante un precepto destinado a proteger de modo exclusivo el interés “ estatal” en garantizar la vigencia de “ las regulaciones legales de la inmigración” ³³.

Por lo demás, esta es la línea político criminal trazada por las más recientes disposiciones europeas, pues tanto la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, como la Decisión Marco 2002/946/JAI, de la misma fecha, propugnan el recurso a “ sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias” para todo aquel que “ intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros” , así como la ayuda intencionada y con ánimo de lucro a ciudadanos de terceros países ajenos a la UE “ a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de

²⁹ SAP de Burgos de 01/02/2002.

³⁰ Muy recientemente mantuvo esta misma línea para excluir al aplicación del art. 318 bis la SAP de Valencia 23/04/2004.

³¹ Así lo exige el art. 54.1.b) de la LEX, conforme a su versión modificada por LO 14/2003, de 20 de noviembre. La posibilidad de incluir estos casos de colaboración posterior a la entrada proviene de esta misma reforma que al supuesto inicial de favorecimiento de la “ inmigración clandestina” añadió las conductas de promoción o favorecimiento de la *permanencia* de personas en condiciones de ilegalidad.

³² Así también SAP Álava 10/10/2003, según la cual la idea de favorecimiento de la inmigración clandestina es compatible con una posible entrada legal realizada con el plan preconcebido de pasar posteriormente a la ilegalidad.

³³ Así, respecto al art. 313.1, también relativo al favorecimiento de la “ inmigración clandestina” , STS 30/05/2003. También de esta opinión, MAQUEDA ABREU, *¿Cuál es el bien jurídico...*, cit.

extranjeros”³⁴ -art. 1.a) y b) de la mencionada Directiva-. Y todo ello con el declarado propósito de tender al “ establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia” en la Unión Europea, es decir, con la vista puesta, de modo primordial, en los intereses de los Estados y ciudadanos de la propia Unión Europea³⁵ y no en los derechos de los inmigrantes.

Hasta cierto punto, esta línea político criminal de ámbito comunitario permitiría comprender el empeño de la LO 11/2003 por ofrecer una fórmula amplia para el tipo básico del delito de tráfico de personas capaz de captar prácticamente cualquier acto de colaboración con la entrada irregular de extranjeros. Pero una observación algo más atenta del contenido de la Directiva y de la Decisión Marco ponen al descubierto una serie de alternativas descriminalizadores de las que el legislador español apenas si se ha hecho eco. Así, mientras la Directiva autoriza, por ejemplo, la exención total de pena cuando la colaboración con los inmigrantes responda a razones humanitarias (art. 1.2 Directiva 2002/90/CE), el nuevo apartado 6 del art. 318 bis del Código español sólo permite en estos casos una atenuación facultativa de la pena que, además, dada la gravedad del marco penal básico, sitúa la sanción para estas conductas altruistas nada menos que en dos años de prisión como mínimo³⁶.

Y esta no es la única opción de máximos de la reforma de 2003. Si bien es verdad que los actuales lineamientos de la Unión Europea alientan el recurso a la vía penal como instrumento preferente para combatir la inmigración clandestina – hasta el punto de posibilitar que en ciertos países se llegue a penalizar al propio inmigrante³⁷-, no lo es menos que nuestro legislador ha aprovechado estos aires punitivistas para consolidar su severa política criminalizadora. Buen ejemplo de ello es la forma abusiva en que se ha interpretado el mandato contenido en la citada Decisión Marco 2002/946/JAI en lo atinente a la duración de las penas aplicables a estos delitos. Ciertamente es que el art. 1.3 de esta norma europea hace expresa

³⁴ Este último supuesto ha sido incluido como infracción administrativa muy grave en la reciente reforma del art. 54 de la LEX, operada por LO 14/2003, de 20 de noviembre. Como se ha dicho en el texto, da la impresión de que este supuesto no queda abarcado, en cambio, por el tipo básico del art. 318 bis.

³⁵ La propuesta de eurodelito elaborada por ARROYO ZAPATERO – *Propuesta de un eurodelito*, cit. pp. 31 y s.- es mucho más restrictiva, si bien no oculta el objetivo de tutelar la política migratoria de los Estados.

³⁶ Es muy difícil llegar a otra conclusión si se tiene en cuenta que entre los criterios de atenuación previstos por el mencionado apartado 6 del art. 318 bis se menciona expresamente “ la finalidad perseguida por el culpable” . Sin embargo, no deben descartarse aquí las causas generales de exclusión de la pena, como podría ser el caso del estado de necesidad en los supuestos de ayuda a familiares cercanos o incluso a amigos que atraviesan situaciones de necesidad económica extrema o son víctimas de persecución política en sus países de origen.

³⁷ En Alemania, por ejemplo, se castiga con penas de hasta un año de prisión o multa a quien entre o permanezca en territorio alemán sin los documentos exigidos al efecto, y con penas de hasta 3 años, entre otros casos, a quien entre o permanezca en territorio alemán después de haber sido expulsado, así como al que utilice datos falsos o incompletos para obtener para sí o para otros un permiso de residencia (véase el parág. 92 de la Ley de Extranjería – *Aus/G*- modificada en enero de 2002.

referencia a la pena privativa de libertad de ocho años como duración mínima exigida a la hora de establecer el máximo del marco penal aplicable³⁸, pero sólo para los casos de actos de colaboración con el ingreso o tránsito ilegal de inmigrantes que se realicen *con ánimo de lucro* y formando parte de una *organización delictiva* o en condiciones que *pongan en peligro la vida de las personas*. Pero es que nuestro legislador no se ha limitado a establecer semejante sanción para estos casos graves, sino que la prevé ya en el tipo básico que, como vimos, no requiere ninguna de esas circunstancias agravatorias. De esta manera, amparándose en una interpretación sesgada de la normativa europea, la ley penal española viene a castigar con penas de una severidad inusitada una serie de conductas de colaboración con la inmigración irregular que ni poseen connotaciones lesivas para los derechos de los ciudadanos extranjeros -al no concurrir situaciones de abuso o peligro para las personas- ni tampoco parecen idóneas para desestabilizar de modo importante la política migratoria del Estado – debido a que se realizan al margen de grupos organizados y sin que concorra siquiera un interés lucrativo.

Y todo ello con el agravante de establecer un mínimo para el marco penal – nada menos que cuatro años de prisión- que excluye cualquier posibilidad de sustitución o suspensión de la pena, mínimo que – este sí- resulta ser una innovación absolutamente autóctona, ya que la directiva europea nada dice al respecto. Otras legislaciones parecen haber aprovechado esa elasticidad de la normativa europea para incorporar alternativas que también aquí podrían haberse introducido, como es el caso de la ley alemana que, además de dejar el máximo en estos casos menos graves en los cinco años de prisión – sin tope mínimo alguno- prevé la multa como pena alternativa³⁹.

5. Las mismas críticas de desproporción punitiva cabe dirigir al nuevo apartado 2 del art. 318 bis, que agrava aún más la pena – de cinco a diez años de prisión- “ si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas” . Nada hay que objetar, desde luego, a la decisión político criminal de extraer la trata sexual del ámbito de los delitos relativos a la prostitución, donde hasta ahora estaba situada⁴⁰, para incorporarla como un supuesto específico de tráfico de personas, pues si algo justifica la punición autónoma de estas conductas -que desde el punto de vista de la libertad sexual por lo general no pasan de ser actos preparatorios- es precisamente el severo atentado a la

³⁸ Exige que las conductas a las que se hará referencia en el texto “ sean punibles con penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años” , si bien en el apartado 4 permite bajar ese máximo a seis años “ si ello es indispensable para salvar la coherencia del régimen sancionador nacional” y “ siempre que estas penas sean de las penas máximas más severas para delitos de gravedad comparable” .

³⁹ Por lo demás, la citada AusIG – parág. 92 a- configura el tipo básico de colaboración con la entrada clandestina de extranjeros con una serie de elementos mínimos que vienen a dotar al hecho de cierta idoneidad para desestabilizar la política migratoria del Estado, tales como la exigencia de precio o promesa, o la ejecución reiterada de tales actos o que los mismos favorezcan a más de un extranjero.

⁴⁰ En el antiguo apartado 2 del artículo 188 CP.

integridad moral implícito en toda instrumentalización de seres humanos con fines espurios. El problema está, una vez más, en el modo cómo se ha concretado esta idea. Porque, arrastrando los defectos y desmesuras del tipo básico, la LO 11/2003 ha venido a configurar un tipo sumamente amplio de trata sexual que se deja por el camino cuantos elementos permitirían reconocer la implicación de la integridad moral en esta clase de hechos, tales como el uso de medios violentos, abusivos o engañosos en la recluta y transporte de las inmigrantes destinadas a la explotación sexual⁴¹, elementos todos ellos que el art. 318 bis contempla como circunstancias añadidas de agravación y no como datos consustanciales al tipo agravado de trata sexual.

En todo caso, y para neutralizar el riesgo de una severidad totalmente injustificada, los tribunales deberían valorar de modo muy estricto la exigencia del “ propósito de explotación sexual” . Tal vez de este modo podrían quedar al margen del tipo agravado al menos algunos actos de colaboración en la entrada irregular de personas extranjeras que se trasladan a España de forma libre y voluntaria para ejercer la prostitución, si bien esta empresa resultará casi imposible si quien realiza los actos de colaboración es el mismo que dará trabajo a la persona prostituida. Y ello porque la también reciente reincorporación del proxenetismo al Código penal -art. 188.1 *in fine*- parece favorecer la identificación del concepto de “ explotación” con el simple interés por obtener un beneficio económico de la prostitución ajena aun cuando no concurra ningún otro dato añadido de abuso o extorsión de la persona prostituida⁴².

6. Pero no todo son errores en la reforma de 2003. Resulta adecuada, por ejemplo, la posibilidad de aplicar alguna de las consecuencias accesorias del art. 129 CP cuando en el delito se vea implicada una persona jurídica – art. 318 bis.5 *in fine*-, una medida que responde a las claras directrices europeas en el sentido de actuar con el máximo rigor contra la delincuencia organizada en este campo⁴³.

A motivaciones semejantes cabe atribuir la especial agravación de la pena prevista en el mismo precepto para los jefes, administradores o encargados de las organizaciones dedicadas al tráfico de seres humanos, si bien en este caso resulta criticable que se deje abierta la posibilidad de un segundo nivel de agravación – que permitiría elevar la pena nada menos que a dieciocho años de prisión- sin especificar ni el más mínimo criterio rector para su aplicación. Se superan así los ya altísimos niveles de indeterminación alcanzados en otros

⁴¹ Véase al respecto, críticamente, MAQUEDA ABREU, *¿Cuál es el bien jurídico...*, cit.

⁴² Con razón manifiesta serios reparos a esta nueva vía expansiva, MAQUEDA ABREU, *¿Cuál es el bien jurídico...*, en prensa.

⁴³ De hecho, la ya citada Decisión Marco de 28 de noviembre de 2002 recoge criterios concretos para asegurar la punición de las personas jurídicas que de algún modo aparezcan implicadas en el tráfico de personas, una directriz a la que nuestro legislador seguramente no ha podido dar una respuesta más contundente debido a las conocidas limitaciones de nuestra ley penal de cara a admitir la responsabilidad penal de estos entes colectivos.

ámbitos de la criminalidad organizada, como sucede con la hiperagravación prevista para el delito de tráfico de drogas cuando los hechos revistan “ extrema gravedad” ⁴⁴.

En definitiva, pese a las declaradas intenciones de favorecer la integración social de los extranjeros, la reforma penal de 2003 no hace más que reforzar una política puramente defensiva frente al fenómeno de la inmigración que difícilmente conseguirá otra cosa que un grado aún mayor de marginación y exposición al riesgo de los extranjeros que intentan alcanzar las fronteras de la próspera – e insolidaria- Europa.

⁴⁴ Art. 370 CP.