

POLÍTICA COMUNITARIA DE INMIGRACIÓN Y POLÍTICA CRIMINAL EN ESPAÑA

¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante?

Fernando Miró Llinares

Profesor de Derecho Penal. Universidad Miguel Hernández de Elche

MIRÓ LLINARES, Fernando. Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-05, p. 05:1-05:31. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-05.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 10-05 (2008), 2 feb]

RESUMEN: En el presente artículo se trata la política legislativa española en relación con la inmigración ilegal, la cual muestra la voluntad política criminal de utilizar el Derecho penal para controlar los flujos migratorios, tanto en relación con el inmigrante como sujeto pasivo de la infracción penal al castigar casi cualquier acto de favorecimiento ilegal de la inmigración, afecte o no a sus derechos, como en relación con el inmigrante como delincuente. En este último supuesto el legislador prefiere la expulsión a la pena. El trabajo analiza tal política criminal y la compara con una

hipotética “política comunitaria de inmigración”, llegando a la conclusión de que ambas parten de una misma voluntad de integrar el Derecho penal como instrumento de la política migratoria de protección del orden social y económico de la Unión, pero con el demérito, a juicio del autor, de la falta de respeto a algunas garantías básicas del Derecho penal que ha mostrado el legislador, especialmente en los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y en la última regulación de la expulsión de inmigrantes por el Código penal español.

PALABRAS CLAVE: Política comunitaria de inmigración, tráfico de personas, trata de seres humanos, inmigración ilegal, inmigración clandestina de trabajadores, derechos de los ciudadanos extranjeros, control de los flujos migratorios, expulsión de inmigrantes, políticas de exclusión.

Fecha de publicación: 2 febrero 2008

SUMARIO: 1. *Introducción: La “compleja” relación entre políticas comunitarias, inmigración y Derecho penal.* 2. *Nueva sociedad, inmigración y Derecho penal.* 3. *El Derecho penal español ante el fenómeno de la inmigración.* 3.1. *El inmigrante como sujeto pasivo del delito: ¿tutela penal de los derechos del inmigrante o control de los flujos migratorios por medio del Derecho penal?* 3.1.1. *Los delitos relacionados con la inmigración ilegal: Análisis de los artículos 312.2, 313.1 y 318 CP.* 3.1.2. *Recapitulación y primeras conclusiones.* 3.2. *El inmigrante como sujeto activo del delito: la expulsión del inmigrante en el*

Código Penal. 4. Política criminal sobre inmigración en España y política Europea ¿Coherencia o recrudescimiento de la intervención penal excluyente frente a la inmigración ilegal?

1. Introducción: La “compleja” relación entre políticas comunitarias, inmigración y Derecho penal

La inmigración ha pasado en 20 años de ocupar un lugar minúsculo en el ranking de “importancia social” atribuida a las distintas políticas públicas, a prácticamente encabezar dicha hipotética lista no sólo en el ámbito nacional sino también en el comunitario. Si ello se conjuga con la tendencia de los gobiernos a utilizar el orden normativo penal como primera –y no última- medida ante prácticamente cualquier demanda social de seguridad, puede entonces entenderse que el Derecho penal en España no sólo no haya vadeado el terreno de la inmigración sino que lo haya abordado y lo siga abordando cada vez más directamente los últimos años. Y por mucho que tal tendencia expansiva penal sea especialmente significativa en nuestro país, la política criminal nacional frente al problema transnacional de la inmigración debe mucho a las iniciativas surgidas dentro de la Unión Europea que tratan de configurar una determinada política comunitaria en esta materia.

En el presente trabajo pretendo identificar el modelo político criminal sobre la inmigración en España, el concreto papel que desempeña el Ordenamiento Criminal en relación con el fenómeno de la inmigración, desde el análisis de su relación con una hipotética política migratoria europea. El objeto del estudio está, pues, delimitado por tres vértices (Derecho penal, Política comunitaria, e Inmigración) que, inexorablemente, trazarán un triángulo, llamémosle, “complejo”, dadas las particularidades del orden normativo punitivo, del problema socio-político de la inmigración, y de las llamadas “políticas” de esa institución supranacional que es la Unión Europea; y dadas, también, las difíciles relaciones existentes entre todos estos órdenes.

En efecto, y en primer lugar, el Derecho penal parece postularse como el último reducto de la soberanía nacional, soliendo ser, por lo menos en comparación con otras ramas del ordenamiento jurídico, un mal receptor de políticas comunitarias tendentes a la homogeneización. La resistencia del Estado-nación con sus caracteres propios – soberanía, ciudadanía, nacionalidad, territorialidad, monopolio de la fuerza-, frente a la redefinición que está sufriendo en la globalización¹, se muestra especialmente fuerte en el ámbito penal, derecho muy vinculado a la soberanía y poco sujeto a negociación entre Estados. Por eso, incluso en ámbitos en los que ha existido una efectiva unión interestatal, como es la Unión Europea, donde son las instituciones comunitarias las que definen muchas de las políticas públicas a aplicar en los distintos estados, la

¹ Martínez de Pisón Cavero, J.: “El poder del Estado y los derechos humanos en el escenario de la globalización”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVII, 2000, pág. 82.

utilización del Derecho penal de forma armónica y común resulta más bien escasa², nunca por medio de la aplicación de normas penales directas de aplicación en cualquier territorio (como sí ocurre con otras ramas del Derecho), y tan sólo por medio de directivas que definen objetivos a proteger por medio del Derecho penal³.

Tampoco es sencilla la relación entre políticas comunitarias e inmigración. Pese a que desde los compromisos de Tampere en 1999 han sido múltiples las declaraciones de la Unión Europea sobre la necesidad de una política común migratoria, y pese a la variedad de normas que han tratado de definir, existe una clara divergencia de fines y medios relacionados con la política migratoria entre los distintos Estados miembros⁴. Quizás sea por ello por lo que no se ha cuestionado de ningún modo la competencia exclusiva de los Estados para regular aspectos centrales en esta materia⁵. Difícilmente puede decirse, pues, que exista una política Comunitaria en materia de inmigración. Así lo reconoce el propio Comité de las Regiones en un Dictamen de 13 y 14 de febrero de 2007, cuando señala que “a pesar del aumento de la inmigración desde los años 80 y de que la UE sea receptora de un gran número de inmigrantes de los países en vías de desarrollo (se calcula en 40 millones de personas en la actualidad), aún no existe una política europea común en materia de regulación de los flujos migratorios, por lo que los Estados miembros toman decisiones unilaterales que dificultan la adopción de una posición común”⁶. La Unión Europea, pues, tan sólo establece una serie de competencias de naturaleza compartida entre ella y sus Estados miembros que configuran una política de mínimos que busca favorecer la coordinación entre los distintos Estados⁷, especialmente en el aspecto de la política migratoria que más acuerdo obtiene por parte de los Estados miembros, la lucha contra la inmigración ilegal⁸. Y es que ha

² Al respecto véase el estudio de Miró Llinares, F. y Valls Prieto, J.: “Cooperación judicial en materia penal en la Constitución Europea”, en Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Europea. Libro III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 1183 y ss.

³ Vid. Supra. 4.

⁴ Un completo estudio histórico de la evolución de la política europea de inmigración y acerca de las distintas propuestas sobre inmigración hechas por la Comisión Europea, en Pajares Alonso, M.: “La política europea de inmigración”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 20, núm. 1, 2002, págs. 143 y ss.

⁵ González Vega, J. A.: “¿Pero realmente existe una política europea de inmigración? Dificultades y retos para su concreción”, en *Eikasia. Revista de Filosofía* (<http://www.revistadefilosofia.org>), núm. 10, 2007, pág. 50. En el mismo sentido pueden leerse sus reflexiones en González Vega, J. A.: “¿Regreso al futuro? La difícil concreción de una política europea de inmigración”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 2006, págs. 3 y ss.

⁶ “Plan de política en materia de migración legal lucha contra la inmigración ilegal futuro de la red europea de migración”, Dictamen del Comité de las Regiones”, 68º Pleno, 13 y 14 de febrero de 2007.

⁷ González Vega, J. A.: “¿Pero realmente existe...?”, *ob. cit.*, pág. 50. La doctrina especializada habla de una comunitarización mixta o limitada, dado que la Comisión propone un método abierto de coordinación entre Estados, definiendo acciones concretas y señalando plazos, pero con el límite máximo de los Estados nacionales, que siguen manteniendo intactas sus responsabilidades sobre la admisión de inmigrantes y la política de integración. Véase en este sentido, Lacalle Marcos, A.: “La construcción de la política comunitaria de inmigración”, en *Colección Mediterráneo económico: Procesos migratorios, economía y personas*, núm. 1, 2002, págs. 91 y 95.

⁸ Y es que asiste razón a De Lucas cuando señala que “la política de convenios con los países de origen y tránsito de los flujos migratorios que tienen por destino la UE parece orientado al objetivo de asociar a esos países exclusivamente en la función de policía de fronteras, conforme a la prioridad de esta política, que es la lucha contra la inmigración ilegal, contra las mafias”, no planteándose en cambio la prioridad de la fijación común de las condiciones de residencia estable o de verdadera libertad de circulación en los dos sentidos (De Lucas, J.: “Inmigración y globalización acerca de los presupuestos de una política de inmigración”, en *REDUR*, núm. 1, 2003, pág. 48.

sido precisamente esta sección de la política migratoria la que ha llevado a los Estados de la Unión a entender que mientras la vigencia del principio de libre circulación de personas dentro de la propia Comunidad convierta en inocentes e ineficaces las políticas sobre la inmigración de carácter nacional, resultará inevitable la adopción de “un enfoque global de la inmigración que trate los problemas políticos, de derechos humanos y de desarrollo de los países y regiones de origen y de tránsito”⁹. Late de fondo, pues, la tensión entre la voluntad de los Estados de mantener la soberanía, y la necesidad de políticas transnacionales ante problemas de carácter global¹⁰, tensión que aumenta, como ya he señalado, si se pretende utilizar el orden normativo penal, pero en la que parece estar ganando la exigencia de una política común. Y es que resulta significativo que mientras que los Estados miembros no han encontrado razones para adoptar una política de inmigración integral común, sí parecen haberlas encontrado para el aspecto de la misma que más se relaciona con el Derecho penal, la lucha contra la inmigración ilegal. Así se puso de manifiesto por primera vez en la Acción Común 1997/154/JAI de 24 de febrero, sobre lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, y después en la aprobación de la directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, destinada a definir la acción represiva de los Estados en relación con la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares; y también la de la Decisión Marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal de represión a la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, que pretende establecer “normas mínimas sobre las sanciones y responsabilidades que deben prever los Estados miembros (sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluida la expulsión) para dar efectividad a las exigencias de la primera de dichas directivas”¹¹. Sobre ambos textos volveré más tarde, cuando haya definido la política criminal migratoria española y corresponda la comparación con la política comunitaria. Ambos son, sin embargo, muestra de que la Unión Europea parece dispuesta a utilizar el Derecho penal como instrumento clave para la lucha contra la inmigración ilegal.

Parece confirmarse, pues, que la relación entre Derecho penal e inmigración está pasando de ser una relación de ignorancia a una relación de exceso, y así lo demuestra también la evolución legislativa en nuestro país. En efecto, antes del Código Penal de 1995 no existía delito alguno que se refiriera al fenómeno migratorio, no diferenciando la ley penal tampoco entre el delincuente nacional y el no nacional. Al fin y al cabo la vigencia en Derecho penal de los principios de territorialidad y de igualdad, conllevaban que si un extranjero cometía un delito en territorio nacional aquí fuera juzgado, y si se cometía cualquier crimen contra cualquier persona, incluidos los no nacionales, en España, el delito fuera también aquí juzgado. La aparición en nuestro país del fenómeno de la inmigración ilegal ha llevado, sin embargo, a que este instrumento normativo

⁹ Conclusiones de la Presidencia en los acuerdos de Tampere.

¹⁰ En sentido similar, remarcando las reticencias de los Estados a perder el control sobre la política de inmigración, Martín Pérez de Nanclares, J.: “El reto de la Inmigración. Sobre la conveniencia de una política común europea al estilo de la prevista en la Constitución Europea”, en *RGDE-Iustel*, núm. 11, 2006.

¹¹ García Murcia, J.: “La política comunitaria de inmigración en la Constitución Europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, pág. 231, nota 32.

se esté convirtiendo en auténtico protagonista de la política nacional sobre inmigración. Para intentar entender el sentido y finalidad de esta política criminal, de esta utilización del Derecho penal en relación con el fenómeno de la inmigración, voy a ocuparme ahora, aunque sea brevemente, de la identificación del fenómeno y de sus parámetros esenciales.

2. Nueva sociedad, inmigración y Derecho penal

La inmigración, tal y como la estamos viviendo en nuestro país en los últimos 10 años, es un fenómeno nuevo, fruto de la incidencia en el fenómeno migratorio tradicional de múltiples paradigmas tales como la globalización económica¹², la debilitación del poder del Estado Nación¹³, la globalización de la delincuencia,¹⁴ y el aumento de la sensación social de inseguridad en una sociedad de riesgos¹⁵ en la que crecen los peligros procedentes de la propia actividad humana¹⁶, pero también la percepción de inseguridad que los mismos generan¹⁷. Concretaré algo más la incidencia de estos

¹² Acerca de estos y otros paradigmas de la sociedad del riesgo global y su incidencia político-criminal en general, véase Miró Llinares, F. y Valls Prieto, J.: “Cooperación judicial en materia penal...”, *ob. cit.*, págs. 1183 y ss.

¹³ Así, dice Mercado Pacheco que la ruptura de la cadena Estado-nación-mercado implica una pérdida significativa de la soberanía de los Estados en la determinación de las políticas económicas (Mercado Pacheco, P.: “Transformaciones económicas y función de lo político en la fase de la globalización”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, t. 32, 1995, pág. 116). El poder económico de las multinacionales debilita, pues, de algún modo, la incidencia real o el protagonismo en la sociedad del poder decisorio del Estado, y además, las instituciones mundiales defensoras de los intereses comerciales y financieros como la OMC o el FMI, adquieren en la actualidad múltiples competencias de decisión en materia económica que antes eran de los Estados (Amin, S.: *El capitalismo en la era de la globalización* (traducción de Rafael Grasa), Paidós, Barcelona, 1999, pág. 17). Véase, también, la opinión de quien fue vicepresidente del Banco Mundial (Stiglitz, J. E.: *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002, págs. 270 y ss.)

¹⁴ La interconexión de poderosas organizaciones criminales y sus asociados en actividades conjuntas por todo el planeta es un nuevo fenómeno que afecta profundamente a la economía, la política y la seguridad nacionales e internacionales y, en definitiva, a la sociedad en general. Véase la descripción del fenómeno que realiza Castells, M.: *La era de la información. Vol. 3. Fin de milenio*, Alianza, Madrid, 2001, pág. 213.

¹⁵ Así, Ramonet, quien señala que en la actualidad existen nuevos riesgos que se configuran como amenazas transfronterizas, es decir que no se pueden detener en ninguna frontera (Ramonet, I.: “Situación actual del proceso de globalización”, en VVAA.: *El proceso de globalización mundial, hacia la ciudadanía global*, Ediciones Octaedro, Barcelona, 2000, pág. 18). Y es que, dice Beck, y frente a los riesgos empresariales y profesionales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, esos nuevos riesgos “ya no se limitan a lugares y grupos, sino que contienen una tendencia a la globalización que abarca la producción y la reproducción y no respeta las fronteras de los Estados nacionales, con lo cual surgen unas amenazas globales” (Beck, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (traducción de Navarro, J; Jiménez, D y Borrás, M. R.), Paidós, Barcelona, 1998, pág. 19). Por eso señala Ramonet que las nuevas amenazas requieren de una nueva cooperación internacional, esto es, que se piense en lo global y no sólo en lo local” (Ramonet, I.: “Situación actual...”, *ob. cit.*, pág. 18).

¹⁶ Beck, U.: *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Madrid, 2002, págs. 19 y ss., especialmente pág. 28.

¹⁷ Y es que aunque, como señala Giddens, nuestra era no es más peligrosa –ni más arriesgada– que las de generaciones anteriores (Giddens, A.: *Un mundo desbocado: Los efectos de la globalización*, Taurus, Madrid, 2000, pág. 47), existe, como bien ha advertido Silva Sánchez, una generalizada sensación de inseguridad (Silva Sánchez, J. M^º.: *La expansión del Derecho penal*, Civitas, Madrid, 2001 (2ª edición), pág. 26), producida seguramente por la interacción de procesos tales como el prodigioso avance de los medios de comunicación en la era de la globalización (que acerca los peligros hasta dar lugar a percepciones inexactas o sensación de impotencia), o por la propia caracterización de los nuevos riesgos, los cuales ni se ven, ni se huelen, si se tocan, ni se oyen y se distinguen por su conciencia de futuro y no de presente (Beck, U.: *La sociedad del riesgo...*, *ob. cit.*, pág. 39).

paradigmas en la inmigración y en la concepción social existente sobre la relación entre ésta y la delincuencia y, por ende, la seguridad.

La globalización económica, la liberalización de los intercambios, el aumento de las inversiones directas de las multinacionales en el extranjero y la integración mundial de los mercados financieros, han llevado a la internacionalización económica y a la intensificación de los flujos socioeconómicos a través de todo el planeta, pero también a una polarización a nivel mundial entre ricos y pobres dentro del Estado y, aún más, entre Estados ricos y Estados pobres a nivel global¹⁸. Y es que, aunque la brecha entre países ricos y pobres no es nueva y no pueda culparse de ella únicamente a la globalización, es cierto que en el mundo globalizado actual las políticas sociales de distribución de riqueza apenas tienen eficacia transnacional, de modo que la tendencia del mercado apenas puede controlarse en beneficio de los más desfavorecidos¹⁹. Estamos, pues, ante una aldea global en la que, sin embargo, los beneficios económicos se concentran únicamente en los polos de EEUU, UE y Japón²⁰. El aumento de esta brecha (entre clases y entre estados) conlleva los efectos concatenados: los efectos huida de la pobreza y llamada de las sociedades ricas, que han llevado a la globalización de la inmigración, al que los expertos llaman el “contrapeso de la globalización formal”.²¹ Por eso se dice que la globalización económica actúa como catalizador entre los países emisores y los países receptores propiciando los flujos migratorios, porque potencia la relación entre la pobreza y la falta de satisfacción entre la población de unos países y la demanda de trabajadores en otros²².

En cuanto a la pérdida de poder del Estado nación y su relación con la globalización de la inmigración, hoy puede afirmarse que las fronteras son más débiles que nunca, pese a que los Estados se empeñan en levantarlas inútilmente, y el tráfico ilegal de personas resulta especialmente sencillo en muchos casos. En este contexto, y como señalé anteriormente, la actividad legislativa dirigida al fortalecimiento de la propia frontera, resulta cada vez menos eficaz por sí misma para frenar la inmigración, si los países emisores siguen facilitando la marcha de los inmigrantes, y si no se coordinan políticas interestatales sobre todo entre aquellos estados con los que las fronteras ya no existen (como sucede con la Unión Europea).

¹⁸ Berzosa, Alonso-Martínez, C.: “Los efectos negativos de la globalización y propuestas alternativas, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. V, 2002, págs. 145 y ss.

¹⁹ Es más, y como señala Beck, “las políticas de libre mercado impuestas por occidente a países endeudados, empeoran la situación al obligar a esos países a desarrollar industrias especializadas para el abastecimiento de los ricos, en lugar de proteger, educar o cuidar a los más débiles” (Beck, U.: *La sociedad del riesgo global...*, *ob. cit.*, pág. 8).

²⁰ Mercado Pacheco, P.: “Transformaciones económicas y función...”, *ob. cit.*, págs. 105 y 106.

²¹ Así lo señala Ribas Mateos, N.: *El debate sobre la globalización*, Bellaterra, Barcelona, 2002, pág. 26, para quien parece evidente que la desigualdad produzca descontento y violencia en las clases sociales más desfavorecidas y, a su vez, que el mercado requiera y demande seguridad y no inseguridad para su correcto funcionamiento, pero también que el aumento de la brecha entre países ricos y pobres unido a la globalización de las comunicaciones produzca el fenómeno de la inmigración, considerada por los expertos como parte de la globalización sumergida.

²² Sánchez García de Paz, I.: “Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual”, en Diego Díaz-Santos, M. R. y Fabián Caparrós, E. A. (Coords.): *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid, 2003, págs. 116 y ss. Véase el trabajo de la autora para un completo análisis criminológico de los factores que inciden en el tráfico de personas.

El tercero de los paradigmas citados, la globalización de la delincuencia, tiene una evidente relación con la configuración actual del fenómeno migratorio, y en dos sentidos diferentes. En primer lugar, la unión entre el desplazamiento de las poblaciones huyendo de la pobreza y la voluntad de los estados ricos de detener el flujo migratorio aumentando los controles fronterizos, ha otorgado a las mafias organizadas una oportunidad excepcional para intervenir en el mercado del tráfico de inmigrantes a escala global²³. En este mundo globalizado, pues, el hombre se convierte en un objeto de comercio más²⁴. Así, el tráfico ilegal de personas, la esclavitud del siglo XXI, bien para la posterior prostitución o bien simplemente para su entrada ilegal en un país rico, resulta una actividad delictiva que aporta cada vez más beneficios, por lo que empieza a ser monopolizada por las mismas mafias que se dedican también al tráfico de armas, drogas o, incluso al terrorismo internacional²⁵. En segundo lugar, y precisamente en relación con esto último, la aparición de la amenaza del terrorismo global, sobre todo en forma de terrorismo yihadista o islamista sin más objetivos políticos que la desestabilización del status quo a nivel mundial, y el hecho de que los terroristas sean islamistas que atentan en países occidentales, conllevan que hoy el control migratorio se realice por parte de los Estados también en busca de posibles potenciales terroristas, pero también que se perciban en la opinión pública como relacionados fenómenos que, en el fondo, son muy diferentes entre sí.

Los paradigmas que hemos estudiado hasta el momento ejercen su influencia en la multiplicación de la inmigración. El último de ellos, el de que vivimos hoy en una sociedad de riesgos donde la sensación social de inseguridad es cada vez mayor, no influye en los caracteres del fenómeno migratorio, sino en la percepción que de ella tiene la sociedad y en el papel que, conforme a ello, se considere que deba desempeñar el Derecho penal. Efectivamente, hoy la sociedad no sólo tiene una mayor sensación de inseguridad, sino que la centra en determinados focos, en concretos ámbitos o grupos que, independientemente de que realmente den lugar a más delincuencia o no, son temidos por la sociedad. En la actualidad, tanto a nivel popular, como en los medios de comunicación, es frecuente considerar que el crecimiento de la delincuencia es un fenómeno debido en gran parte al aumento de la inmigración. Así lo revelan distintos estudios²⁶ y una encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) de mayo de

²³ Castells, M.: *La era de la información. Vol. 3. Fin de milenio, ob. cit.*, pág. 209.

²⁴ Sánchez García de Paz, I.: "Inmigración ilegal y tráfico...", *ob. cit.*, pág. 117.

²⁵ Recientes investigaciones, sin embargo, matizan la relación entre delincuencia organizada e inmigración. Así, Rubio Pardo, M.: "Inmigración irregular y crimen organizado en España", en http://www.uned.es/investigacion/IUISI_publicaciones.htm#mayo04, para quien tal asociación "entre inmigración irregular y crimen organizado se trata de una percepción casi exclusiva de las agencias estatales de seguridad. En las investigaciones sobre inmigrantes, la referencia a la delincuencia organizada como actor relevante en la determinación de los flujos es prácticamente inexistente. Una notable excepción son los trabajos interesados en el tema de la prostitución, algunos de los cuales adoptan sin reparos el escenario del tráfico forzado de mujeres. Aun dentro de este conjunto, los estudios menos normativos, y con trabajo de campo sistemático, tienden no sólo a matizar este escenario sino a precisarlo de tal manera que resulta realmente difícil percibir la huella del crimen organizado en los flujos de inmigrantes más significativos".

²⁶ Véase, por ejemplo, el estudio realizado sobre una encuesta realizada a la población castellano-leonesa, y conforme al cual más del 60% de los ciudadanos relacionan inmigración y tráfico de drogas, más de un 75% prostitución e inmigración, y casi un 60% inseguridad ciudadana e inmigración (Antón Prieto, J. I.: "Inmigración y delito en el imaginario colectivo. Alternativas a una relación perversa", en Pérez Álvarez, F (Ed.). *Serta in*

2003 (www.cis.es), conforme a la cual el 58% de la población española relaciona la inseguridad ciudadana con la inmigración frente al 35,5% que no cree que exista esa relación²⁷.

Pese a esta percepción social, alentada en ocasiones por sectores políticos y medios de comunicación²⁸, lo cierto es que no se puede afirmar que exista una relación directa entre inmigración y delincuencia²⁹ sino que, más bien, los datos de múltiples investigaciones muestran que los inmigrantes casi siempre exhiben una tasa de delincuencia menor que la de los grupos nativos³⁰. Las principales investigaciones criminológicas sobre la cuestión demuestran que datos como el aumento reciente de la delincuencia paralelo al aumento de la inmigración, o, incluso, el de la mayor tasa de delincuencia que presentan los extranjeros frente a los autóctonos según algunas estadísticas recientes, serían en realidad explicables tomando en consideración tanto factores puramente estadísticos como pueden ser el de la franja de población que comete delitos y que es

memoriam Alexandrii Baratta, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2004, pág. 253). En general sobre las encuestas de inmigración a nivel europeo, y, concretamente, acerca de la percepción de los ciudadanos en Europa sobre la relación entre ésta y las distintas formas de criminalidad, véase González Enríquez, C.: "Opinión pública e integración social de los inmigrantes en España", en http://www.uned.es/investigacion/IUISI_publicaciones.htm#mayo04.

²⁷ Encuesta y comentarios a la misma extraídos del trabajo de Fernández-Pacheco, G.: "Delincuencia e inmigración. Una reflexión sobre la realidad y el mito del tándem delincuencia/inmigración", en http://www.uam.es/otroscentros/TEIM/Observainmigra/Atlas%202004/09%20ante%20la%20inmigracion/GFernandez_Delincuencia.pdf. Señala la autora que "esto coincide con que la inseguridad ciudadana se sitúe como el tercero de los principales problemas que afectan a los españoles, ya que un 27,7% de los encuestados lo señalan como el principal problema; y contrasta con el 43,9% que considera la llegada de los inmigrantes a nuestro país como positiva (frente a un 23,7% que la considera negativa), y con el hecho de que al ser preguntados directamente por las principales causas de delincuencia no se aluda a la inmigración, sino a cuestiones como el consumo de drogas, las desigualdades sociales y la blandura de las penas impuestas por la justicia". Esta tendencia, sin embargo, parece ir en aumento. Así sobre la base del barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), de noviembre de 2005, y de un estudio del Observatorio Permanente de la Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de la misma fecha, que abarca datos recogidos entre 1991 y 2004, la percepción social de que el incremento de la delincuencia en España va ligado a la inmigración no ha hecho más que crecer desde 1991. Sobre esta encuesta del CIS véase también Serrano Gómez, A (Dir), y Vázquez González, C (Coord), y VVAA.: *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y la Unión Europea*, Edisofer, Madrid, 2007, pág. 95 y ss, especialmente pág 105, donde se analiza el dato de que casi el 60% de la población española opina que existe una relación entre seguridad ciudadana e inmigración.

²⁸ Véase acerca de estas cuestiones, Navarro Cardoso, F.: "Extranjería, inmigración y sistema penal", en Rodríguez Mesa, M^a. J y Ruiz Rodríguez, L. R. (Coords.): *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 223 y ss. Se centra el autor en el estudio de las razones que explicarían la reforma del artículo 89 CP y que profundiza en la exclusión de inmigrantes por medio de la expulsión. El análisis de las estadísticas utilizadas resulta de lo más revelador de cómo se falsea la realidad de la relación inmigración-delincuencia.

²⁹ Sobre la relación inmigración-delincuencia véase el ya clásico trabajo García España, E.: *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. Así lo entiende también Fernández-Pacheco, para quien "aunque se puede afirmar que la presencia creciente de extranjeros en la sociedad española coincide con un aumento de las tasas de delincuencia, esta incidencia podría venir determinada por factores estructurales más que por una especial tendencia de esos extranjeros a la delincuencia. Elementos como las características de los diferentes colectivos de inmigrantes, los niveles de pobreza y exclusión económica, o la aceptación social, podrían ser algunos de esos factores explicativos". "Delincuencia e inmigración...", *ob. cit.* Aún más contundentes, Serrano Gómez, A (Dir), y Vázquez González, C (Coord), y VVAA.: *Tendencias de la criminalidad...*, *ob. cit.*, pág. 106, explicando que el aumento de las detenciones de inmigrantes en las estadísticas policiales puede deberse a la mayor vulnerabilidad del extranjero frente al nacional.

³⁰ Serrano Gómez, A (Dir), y Vázquez González, C (Coord), y VVAA.: *Tendencias de la criminalidad...*, *ob. cit.*, pág. 106, con referencias bibliográficas en notas 5, 6, 7 y 8.

objeto de inmigración, o el que los análisis estadísticos se realicen al conjunto de extranjeros (que pueden ser miembros de organizaciones criminales que se desplazan a España para cometerlos y no de extranjeros residentes en España) y no sólo a los inmigrantes. También habría que tener en cuenta teorías criminológicas y psicológicas como la del arraigo social, conforme a la cual las personas que tienen vínculos sociales suficientes que les reportan autoestima, seguridad y reconocimiento social son menos propensas a delinquir que las que carecen de lazos sociales, por lo que la situación de ilegalidad y pobreza en la que se sitúa a determinados inmigrantes, y no factores derivados de él, no hacen más que potenciar el peligro de delinquir³¹.

El panorama que acabamos de dibujar de una situación social en la que la inmigración es cada vez mayor, los Estados cada vez son más débiles en el terreno fronterizo, la delincuencia organizada utiliza a los inmigrantes como objeto de delincuencia, los ilegales quedan en la sociedad como excluidos sociales y sin arraigo y buscan en la delincuencia la subsistencia y, por último, la sociedad interpreta mal el problema al considerar la inmigración un foco de criminalidad, puede explicar, que no justificar, cuáles han sido los ejes fundamentales de la política criminal de los gobiernos frente a la inmigración. Por una parte, las últimas reformas penales en nuestro país se centran en la dirección de criminalizar cualquier comportamiento relacionado con la inmigración ilegal, y aunque se incluyan en el Código penal novedosos delitos contra “los derechos de los inmigrantes”, en los mismos lo que se protege es una determinada política criminal anti-migratoria, dado que desde el punto de vista constitucional y administrativo la consecución de la igualdad de Derechos sigue siendo muy lejana. Por otra parte, aunque en la misma línea político criminal, cuando el inmigrante se convierte en delincuente, el Estado trata de excluirlo del régimen del Derecho, como demuestra la figura penal de la expulsión como medida sustitutoria de la pena para delitos con pena menor de 6 años. Se trata de dos vectores diferentes de una misma política criminal de exclusión del inmigrante, que no sólo sirve al fin último de evitar la inmigración ilegal, sino a otros relacionados con la satisfacción de demandas de seguridad por parte de los ciudadanos. Analizaré a continuación las expresiones normativas más significativas de esta política criminal.

3. El Derecho penal español ante el fenómeno de la inmigración

3.1. El inmigrante como sujeto pasivo del delito: ¿tutela penal de los derechos del inmigrante o control de los flujos migratorios por medio del Derecho penal?

Como ya se ha indicado, el vertiginoso incremento en España de la inmigración ilegal ha llevado al legislador español en los últimos años a utilizar el Derecho penal

³¹ Véase sobre estas cuestiones García España, E.: “La delincuencia de inmigrantes en España”, en Laurenzo Copello, P (Coord.): *inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 134 y ss. Realiza la autora un interesante análisis criminológico sobre la cuestión relacionando no tanto la inmigración en sí misma con la delincuencia, sino ésta última con el orden legal español cuya dureza y voluntad de exclusión sirve, en muchas ocasiones, para prolongar determinadas situaciones de riesgo delictivo en las que se puede encontrar el inmigrante. *Loc. cit.*, pág. 146 y ss.

frente a esta actividad, y a hacerlo tratando de abarcar todos los posibles comportamientos relacionados con la inmigración clandestina. Analizaré a continuación los preceptos que el Código Penal español dedica a este fenómeno criminal, no con el ánimo de realizar un estudio sobre los problemas dogmáticos de estas figuras delictivas, sino con el objetivo inmediato de definir qué es lo que ha querido sancionar por vía penal el legislador en relación con la inmigración, y el mediato de identificar, a partir de ello, el fondo político criminal último de nuestra legislación penal en relación con la inmigración ilegal. Me centraré, por tanto, en determinar el bien jurídico protegido en cada figura delictiva y, a partir de ahí, su ámbito de injusto en aquello más esencial que nos pueda acercar a los objetivos político criminales del legislador.

3.1.1. *Los delitos relacionados con la inmigración ilegal. Análisis de los artículos 312.2, 313.1 y 318 CP*

El primero de los delitos del Código penal relacionados con el fenómeno que nos ocupa sería el artículo 312 CP 1995, que castiga con la misma pena que el tráfico ilegal de mano de obra³² a “quienes recluten personas o las determinen a abandonar su trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. Estamos ante un tipo que incluye comportamientos diversos, con diferente injusto, pero todos ellos equiparados al tráfico ilegal de mano de obra. En cuanto al tipo que nos interesa en este caso, el de emplear a extranjeros no comunitarios sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual, puede decirse que el legislador penal, en este tipo penal, sitúa el injusto del comportamiento no en el hecho de la inmigración ilegal, sino en la posible negación de derechos laborales del inmigrante, en cuanto que no bastará con la contratación de un no nacional para la realización del delito si no se suprimen o restringen sus derechos.

Así lo ha entendido la doctrina, para quien el bien jurídico protegido son los derechos laborales de los extranjeros, entendidos en el sentido de “un interés colectivo que sería una abstracción conceptual que englobaría los derechos laborales básicos, patrimoniales, libertades, etc., de las personas que acceden al mercado de trabajo”³³.

No merece, pues, reproche el legislador por haber decidido sancionar los comportamientos de contratación laboral que niegan los derechos de los inmigrantes como colectivo social. También lo hace con el colectivo de los comunitarios en el artículo 311 CP cuando castiga con la pena de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses las mismas conductas realizadas sobre los trabajadores “mediante engaño o abuso de situación de necesidad”. Sí que resulta significativo, sin embargo, que el

³² Pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses.

³³ Rodríguez Ferrández, S. y García Moreno, E.: “La respuesta penal al problema social de la inmigración: descripción y valoración crítica”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 2004, pág. 686.

artículo 312.2 no exija tales medios comisivos para sancionar la afectación de los derechos de los extra comunitarios sin permiso y que, pese a todo, castigue tal comportamiento con más pena que cuando se cometen sobre los ciudadanos comunitarios. Es cierto, como señala un sector doctrinal, que “si se entiende que el abuso de la situación de necesidad resulta implícita en la hipótesis de un extranjero que ni siquiera goza de permiso de trabajo”³⁴, se puede justificar la no exigencia típica de tales medios comisivos en este caso. Pero, como acertadamente señalan Rodríguez Ferrández y García Moreno, esta explicación no abarca la incongruencia penológica de que mientras que la pena establecida en el art. 312.2 es de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, la establecida en el art. 311.1 sea de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses³⁵.

No creo, sin embargo, que sea por un descuido del legislador tal aparente desproporcionalidad, sino que la misma resulta, más bien, una muestra de la valoración político criminal que da a los comportamientos que estamos analizando. El que la equiparación punitiva de la contratación de trabajadores extranjeros restringiendo sus derechos se realice no con el delito básico contra el derecho de los trabajadores en el que se castiga la restricción de derechos, sino con el delito de tráfico ilícito de personas, implica que al legislador no le preocupa sólo la afectación de los derechos de los inmigrantes como trabajadores, sino el propio acto de favorecimiento de la inmigración ilegal que se puede estar cometiendo al contratar a no nacionales sin permiso de trabajo. Si esto es así, y difícilmente de otra forma se puede justificar la desproporcionalidad punitiva que estoy analizando, ya en esta figura delictiva se está incorporando como desvalor de injusto no sólo la negación de los derechos de los trabajadores extranjeros, como la negación de las normas administrativas derivadas de una decisión política determinada que impiden que se contrate a personas sin permiso de trabajo y, por tanto, y en última instancia, el interés del Estado en que no vengan más irregulares a trabajar en España. Al fin y al cabo, el que contrata ilegalmente a un trabajador español niega las normas laborales, pero el que contrata a un inmigrante actúa en contra de dos tipos de normas, las laborales relacionadas con la configuración constitucional democrática e igualitaria de este derecho, pero también las administrativas

³⁴ Valle Muñoz, J.M. y Villacampa Estiarte, C.: “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en VVAA.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996, pág. 1464. En sentido similar Terradillos Basoco, para quien la ausencia de permiso de trabajo supone una indefensión del trabajador que, utilizada por el empleador, constituye idéntico desvalor que el empleo de engaño o abuso de necesidad (Terradillos Basoco, J.M.^e : “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en VVAA.: *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, II, Universidad de Valencia, Valencia, 1997, pág. 881).

³⁵ Rodríguez Ferrández, S. y García Moreno, E.: “La respuesta penal al...”, *ob. cit.*, págs. 691 y 692. Además de la falta de proporcionalidad punitiva, no comparten los autores la opinión citada en la nota anterior de que el desvalor del medio comisivo se compensa por la ausencia de permiso y la situación del inmigrante ante el trabajo, al considerar que “habría que atender al caso concreto, pues es conocido que hay sectores en los que, como en el agrario, la demanda de mano de obra se centra en extranjeros ilegales, los cuales no se encuentran en estado de necesidad debido a la abundante oferta de trabajo para ellos”. Les asiste parte de razón en que el injusto no es exactamente el mismo, puesto que al incorporar el medio comisivo al tipo se está exigiendo un desvalor *ex ante* que no siempre, aunque sí en la mayor parte de las ocasiones, acontecerá en el comportamiento del 312.2. Razón de más para pensar que el legislador considera más gravoso el comportamiento de este tipo no tanto desde la perspectiva de la afectación de derechos del trabajador, como desde la visión de la negación de dos tipos de normas, las del trabajo y las de la inmigración, que supone este comportamiento.

relacionadas con la condición de nacional, con la residencia y con los permisos de trabajo, y este ¿injusto? es el que, en última instancia, parece haber incorporado el legislador a este delito al sancionar más gravemente la contratación ilegal de extranjeros.

La segunda de las figuras delictivas a analizar se incluye en el artículo 313 CP de 1995, y castiga al que “promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, con la pena de dos a cinco años y multa de seis a doce meses”. Como ha señalado la doctrina, la inclusión de este delito se debe en gran parte a la normativa comunitaria, concretamente a la 96/C 304/01 del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, relativa a la lucha contra el empleo ilegal de nacionales de terceros Estados, que pretende, en última instancia, evitar que se falseen las condiciones de libre competencia en el mercado interior mediante la reducción de costes sociales y la minoración del nivel de protección social³⁶.

Esto nos lleva a la definición del bien jurídico protegido, que no resulta tan sencilla como en el caso anterior, dado que el tipo no parece exigir una afectación de los derechos laborales, ni de ningunos otros, de los trabajadores extranjeros. Pese a ello, un sector doctrinal ha identificado como bien jurídico el derecho de los trabajadores, nacionales o extranjeros, a acceder al mercado de trabajo en condiciones de igualdad y competencia en el marco establecido en el artículo 35 de la Constitución³⁷. También Terradillos Basoco considera que “la criminalización se fundamenta en la aceptación legal de que la inmigración típica pone en peligro tanto los derechos laborales de los trabajadores inmigrantes afectados como los de los legalmente contratados”³⁸. De forma similar se ha pronunciado el TS, señalando que es éste “un verdadero delito de riesgo abstracto, que protege a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo”³⁹.

Conforme a estas posiciones, pues, estaríamos ante un bien jurídico colectivo, “el derecho de los ciudadanos, en abstracto, al acceso al trabajo”, ante el cual se actúa sancionando un comportamiento que pone en peligro (abstracto) tales condiciones⁴⁰. Pero entonces, ¿cuál es el injusto de este delito?, ¿en qué consiste tal peligrosidad respecto a qué bien jurídico? Un análisis del comportamiento típico de promover o favorecer la inmigración clandestina de trabajadores a España nos dice que lo primero que se ve afectado con él es la decisión del legislador de no admitir tal forma de inmigración, o, lo que es lo mismo, la política migratoria en nuestro país que no permite el acceso al trabajo de los inmigrantes ilegales. Es obvio que este “interés”

³⁶ Rodríguez Mesa, M^a. J.: “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas”, en Pérez Álvarez, F (Ed.): *Serta in memoriam Alexandrii Baratta, ob. cit.*, pág. 852.

³⁷ Rodríguez Mesa, M^a. J.: “El sistema penal ante...”, *ob. cit.*, pág. 852; véase, también, Terradillos Basoco, J.M^a.: “Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera”, en Laurenzo Copello, P. (Coord.): *Inmigración y Derecho penal: bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 388 y ss.

³⁸ Terradillos Basoco, J.M^a.: “Tráfico ilegal de emigrantes”, en Zúñiga Rodríguez, L.; Méndez Rodríguez, C. y de Diego Díaz-Santos, M^a. R.: *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001, pág. 24.

³⁹ Así la STS de 5 de febrero de 1998, citada por Rodríguez Mesa, M^a. J.: “El sistema penal ante...”, *ob. cit.*, pág. 852, nota 28.

⁴⁰ Terradillos Basoco, J.: “Los delitos de tráfico ilegal...”, *ob. cit.*, pág. 395.

resulta “lesionado” con la conducta típica, si bien lo que parece más discutible es que, por sí solo, pueda constituir tal interés un bien jurídico digno de protección. Algo similar ocurre con las “condiciones de igualdad y competencia en el marco del artículo 33 CE”, que son negadas por quien favorece la inmigración clandestina, pero que constituyen normas o decisiones políticas de la administración que no debieran conformar un bien jurídico penal. Sí es cierto que la inmigración clandestina de trabajadores puede poner en peligro, en última instancia, la igualdad en las condiciones de trabajo, al infringirse un status quo respecto al orden laboral, pero es cierto que el comportamiento típico no exige ni la lesión ni la puesta en peligro concreto de ningún derecho del inmigrante, ni siquiera la afectación de tales condiciones. El legislador habría presupuesto el peligro de lesión debido a las connotaciones económicas y laborales del fenómeno migratorio, así como a la situación de inferioridad en la que se encuentra el inmigrante a la hora de insertarse en el mundo laboral. Estaríamos, pues, ante un delito de peligro abstracto en el que el favorecimiento de la inmigración ilegal se considera peligroso, ex ante, para las condiciones de trabajo del inmigrante desde perspectivas de competencia e igualdad. En ese caso, sin embargo, difícilmente podría justificarse la punición de este delito de peligro abstracto de un bien jurídico supra-individual, con más pena que el delito de lesión cual sería el del artículo 313.1 de negación efectiva de los derechos de los trabajadores.

La explicación del injusto de este tipo, pues, quizás deba buscarse lejos del interés de protección de los derechos de los trabajadores extranjeros, y cerca de la voluntad del Estado en controlar el flujo migratorio, y hacerlo tratando de evitar una de las principales causas de la inmigración en nuestro país: la posibilidad de encontrar trabajo en el mismo para, así, conseguir salir de una situación de pobreza. Si se pretendiera directamente proteger los derechos de los trabajadores extranjeros, se exigiría la afectación de los mismos en el tipo. Si lo que se quisiera fuera punir el peligro estadístico que el comportamiento de favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores conlleva para el propio sistema de trabajo, entonces debería punirse tal comportamiento de peligro abstracto de un bien jurídico colectivo con una pena inferior a la del delito de daño. Pero el legislador lo que quiere es motivar a cualquier ciudadano a no favorecer la inmigración ilegal, no sólo porque ello pueda ser peligroso para el inmigrante, sino porque tal decisión forma parte de su política migratoria cuyo eje esencial es evitar que vengan “ilegales”, para lo cual necesita atacar el principal apoyo o razón que pueden tener los extranjeros para acudir y residir en el país: el trabajo. Y para evitar estos comportamientos no parece bastarle al legislador con sanciones administrativas, y ni siquiera con una pena proporcional a la peligrosidad estadística que, quizás, puede tener el comportamiento. No parece importarle al legislador, pues, la desproporcionalidad punitiva evidente de este tipo, y tampoco que, desde una perspectiva de un Derecho penal liberal, resulte más que discutible que estos comportamientos se castiguen por medio del Derecho penal y no del Derecho administrativo, ordenamiento más coherente con la finalidad de regular la vida en sociedad y no de castigar los comportamientos que afectan a los bienes jurídicos principales de la misma como es el Derecho penal.

Prueba evidente del ánimo del legislador de abarcar cualquier comportamiento que favorezca la inmigración ilegal es la redacción de los comportamientos típicos por medio de términos vagos y ambiguos⁴¹ como los de “promover” o “favorecer” “por cualquier medio” la inmigración clandestina de trabajadores a España.

Quizás sea esa amplitud típica la que ha llevado a la doctrina bien a pedir, con razón, la supresión del tipo⁴², bien a tratar de restringir el ámbito de injusto del precepto, al exigir como resultado objetivo la inmigración efectiva del trabajador⁴³, o considerando atípica la inmigración ilegal en España realizada con el ánimo de llegar a otro país⁴⁴. Tales interpretaciones restrictivas, encuadradas en la voluntad de limitar al máximo un tipo tan discutible como éste con una interpretación teleológica, sistemática y gramaticalmente correcta, resultan defendibles y aceptables, pero parecen chocar con la aplicación jurisprudencial del tipo⁴⁵ y con otras voces doctrinales que configuran el tipo como un delito de actividad que se consume sólo con el acto de favorecimiento a la inmigración⁴⁶, y que consideran que también hay inmigración a España, aunque sea de paso, cuando se entra ilegalmente en nuestro país⁴⁷. De todos modos, y como señala acertadamente Pomares Cinta, el recorte del alcance del delito del 313.1 que resulta de algunas de estas interpretaciones no permite salvar el escollo del amplísimo alcance del tipo 318 bis CP, que, al incluir la mención a la “inmigración clandestina”, “se asegura de cerrar cualquier laguna punitiva, terminando por distorsionar las relaciones entre sendos preceptos”⁴⁸.

La tercera de las figuras delictivas se encuentra en el artículo 318 bis CP de 1995,

⁴¹ En este sentido Sánchez García de Paz, I.: “Inmigración ilegal y tráfico...”, *ob. cit.*, pág. 126, quien resalta la crítica, común a todas estas figuras, de que las mismas describen “de un modo amplio la conducta típica, sometiendo a la misma pena comportamientos de muy diferente gravedad, a veces incluso de simple preparación, complicidad o tentativa, infringiendo así el principio de proporcionalidad de la pena criminal”.

⁴² Sánchez Lázaro, F. G.: “El nuevo delito de tráfico ilegal de personas”, en Laurenzo Copello, P. (Coord.): *Inmigración y Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 308.

⁴³ Rodríguez Ferrández, S. y García Moreno, E.: “La respuesta penal al...”, *ob. cit.*, pág. 699.

⁴⁴ Pomares Cintas, E.: “Las incongruencias del Derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1 CP)”, en *Revista General de Derecho penal Iustel*, núm. 5, 2006, pág. 7.

⁴⁵ Las resoluciones jurisprudenciales más significativas en este sentido son la STS de 3 de febrero de 1998, respecto a que no es necesario para la consumación del desplazamiento migratorio o la obtención del puesto de trabajo, y la Sentencia de la Sección tercera de la AP de Girona núm. 407/98, de 15 de octubre que señala que la referencia típica, “a España”, no puede ser interpretada en el sentido de destino final único de los inmigrantes, puesto que también hay delito cuando se pase por aquí con destino a otro país”.

⁴⁶ Terradillos Basoco, J.M.^a : “Tráfico ilegal de...”, *ob. cit.*, pág. 26.

⁴⁷ Terradillos Basoco, J.M.^a : “Migraciones ilegales”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998, págs. 191 y ss.; Del Mismo: “Los delitos de tráfico ilegal...”, *ob. cit.*, pág. 389, y Del Mismo: “Tráfico ilegal de...”, *ob. cit.*, págs. 25 y ss.; Rodríguez Mesa, M.^a J.: “Las migraciones laborales desde la óptica del Derecho penal”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 15, 2001, págs. 87 y ss.; De la Misma: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 33. Lo que no podría aceptarse, entonces, es que lo protegido sean los derechos de los trabajadores inmigrantes, sino en todo caso el interés del Estado de evitar por cualquier modo la entrada de ilegales en nuestro país (Pomares Cintas, E.: “Las incongruencias...”, *ob. cit.*, pág. 14).

⁴⁸ Pomares Cintas, E.: “Las incongruencias...”, *ob. cit.*, pág. 16. Refiere la autora varias SSTS; entre ellas, la STS de 16-10-2003: “Otra habría sido posiblemente la solución si, en lugar de haberse acusado (...) por este delito del art. 313, se hubieran perseguido los hechos en base al nuevo art. 318 bis, dados los más amplios términos en que la conducta punible aparece definida en esta última norma”. Véase, en este sentido, la STS de 4-5-2004. Un análisis de la relación entre ambas figuras delictivas y un intento de dotar de contenido autónomo a las mismas en Sánchez Lázaro, F. G.: “El nuevo delito de...”, *ob. cit.*, págs. 298 y ss.

dentro del capítulo titulado “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Este artículo castiga a “Los que directa o indirectamente promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España”, con penas de prisión de cuatro a ocho años, si bien las mismas se pueden agravar hasta los 17 años dependiendo de si se ha puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad; se realizan los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, o cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades⁴⁹. La reforma de la LO 11/2003 supuso la incorporación al tipo de la promoción de la “inmigración clandestina”, uniendo así el legislador dos conceptos que hasta el momento servían para definir conductas diferentes⁵⁰.

En cuanto al bien jurídico protegido, la primera hipótesis sería la de que, tal y como indica el Título en el que se inserta, el mismo estaría formado por los derechos de los extranjeros⁵¹, habiendo manejado la doctrina otras tesis como la de que el objeto jurídico de protección fuera el orden económico⁵², la política migratoria⁵³, el legítimo interés del Estado en controlar la inmigración⁵⁴, la integridad moral⁵⁵, la dignidad humana⁵⁶, o “las condiciones necesarias para la satisfacción de las necesidades humanas”⁵⁷.

⁴⁹ Un análisis de la evolución de este precepto desde su primera redacción en el Código penal de 1995 hasta la actualidad con la incidencia en él de las reformas penales de 1999, 2000, y 2003 (Maraver Gómez, M.: “Tráfico ilegal de personas e inmigración ilegal (Art. 318 bis CP95)”, en Díaz-Maroto y Villarejo, J. (Ed.): *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2007, págs. 614 y ss.)

⁵⁰ Para explicar la diferencia entre tráfico ilegal de personas e inmigración ilegal me remito al completísimo análisis de Maraver Gómez, M.: “Tráfico ilegal de...”, *ob. cit.*, págs. 618 y ss., y de Cancio Meliá, M. y Maraver Gómez, M.: “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político criminal”, en Bacigalupo Saggese, S. y Cancio Meliá, M. (Coords.): *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, págs. 352 y ss.

⁵¹ En este sentido, Serrano-Piedecasas, J. R.: “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Laurenzo Copello, P. (Coord.): *Inmigración y Derecho penal...*, *ob. cit.*, págs. 330 y ss.; Rodríguez Mesa, M^a. J.: *Delitos contra los derechos...*, *ob. cit.*, págs. 45 a 60, y Sáinz-Cantero Caparrós, J.: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelier, Barcelona, 2002, pág. 69. A partir de aquí, en la acotación o precisión del bien jurídico, este sector de la doctrina ya no se pone tanto de acuerdo. Así, mientras Sáinz-Cantero Caparrós J. E.: *Los delitos contra los derechos...*, *ob. cit.*, pág. 55, se refiere a las condiciones necesarias para la satisfacción de las necesidades humanas, otros como Serrano-Piedecasas que fija el bien jurídico de este delito en “el derecho que tiene todo inmigrante legal a alcanzar una plena integración social (lo que incluye) el conjunto de derechos y libertades reconocidos en términos genéricos en el Título I de la Constitución en los términos de la LO 4/2000” (Serrano-Piedecasas, J. R., “Los delitos contra...”, *ob. cit.*, pág. 332).

⁵² Rodríguez Montañés, T.: “Ley de extranjería y Derecho penal”, en *La Ley*, núm. 5261, 2001, pág. 2, derivando de tal interés socioeconómico la necesidad del Estado de controlar la entrada ilegal de inmigrantes.

⁵³ Maraver Gómez, M.: “Tráfico ilegal de...”, *ob. cit.*, pág. 644.

⁵⁴ Aranguez Sánchez que considera que el bien jurídico tutelado es el legítimo interés del Estado en controlar la inmigración (Aranguez Sánchez, C.: “Reformas introducidas en el Código Penal por la LO 4/2000”, en VVAA.: *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001, págs. 931 y ss.)

⁵⁵ De León Villalba, F. J.: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 244 y ss., especialmente pág. 248. También existen posiciones mixtas, como la sostenida por Laurenzo Copello, P.: “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2^a época, julio, 2003, n^o 12, págs. 69 y ss, especialmente pág. 74, relativa a la justificación del art. 318 bis sobre la base de un bien jurídico individual como es la integridad moral, sumado a un interés de carácter supraindividual: el interés del Estado en el control de los flujos migratorios.

⁵⁶ Pérez Cepeda, A. I.: “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318 bis Reformado

Esta última parece ser actualmente la posición preferida por jurisprudencia⁵⁸ y doctrina: entender que el delito protege al colectivo inmigrante de la potencial negación de los derechos fundamentales y de su dignidad que puede conllevar el ser objeto de tráfico ilegal⁵⁹. Se trata de una interpretación que, como por otra parte debe ser, se apoya más en los intentos de dotar de legitimidad material al tipo penal, que en una exégesis gramatical del mismo, dado que el injusto penal no exige que se hayan visto afectados los derechos de los inmigrantes, y dado que por tráfico ilegal la doctrina entiende cualquier movimiento o tránsito de personas sea o no sea la finalidad la de inmigrar en el lugar de destino⁶⁰. Se trata, por tanto, de configurar este delito como uno de peligro abstracto en el que el centro del injusto estriba en la peligrosidad “estadística” que el tráfico ilegal conlleva para la libertad, seguridad y dignidad de las personas⁶¹, y que se consumaría con la realización de las conductas sin que sea necesario acreditar la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo⁶². No parece estar el centro de la discusión, por tanto, en la peligrosidad *ex ante* del comportamiento de tráfico de personas que prácticamente toda la doctrina admite, sino en si, junto con este desvalor de acción, se debe exigir en el tipo un desvalor de resultado, una peligrosidad *ex post* con respecto al mismo bien jurídico⁶³. Y es que, junto a otros intentos de restricción del

por LO 11/2004)”, en Rodríguez Mesa, M^a. J. y Ruiz Rodríguez, L. R. (Coords.): *Inmigración y sistema penal...*, *ob. cit.*, pág. 121; Navarro Cardoso, F.: “Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Revista Penal*, núm. 10, 2002, pág. 45. En sentido similar se pronuncia Sánchez Lázaro, cuando señala que este delito protege “el derecho que tienen estas personas a que sea respetada su libertad, seguridad y, en última instancia, su dignidad de personas” (Sánchez Lázaro, F. G.: “El nuevo delito de...”, *ob. cit.*, pág. 289).

⁵⁷ Por todos, Rodríguez Mesa, M^a. J.: *Delitos contra los derechos...*, *ob. cit.*, págs. 45 y ss. Véase también el análisis de tal posición, con notas y referencias bibliográficas de Rodríguez Ferrández, S. y García Moreno, E.: “La respuesta penal al...”, *ob. cit.*, pág. 730, nota 177.

⁵⁸ Véanse las referencias citadas por Sánchez García de Paz, I.: “Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros (con atención a las reformas introducidas por las L.O. 15/ 2003 y 11/ 2003)”, en VVAA.: *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 826.

⁵⁹ Véanse, por todos, Sánchez Lázaro, F.G.: “El nuevo delito de...”, *ob. cit.*, pág. 289. Muy gráficamente Serrano-Piedecasas, J. R.: “Los delitos contra...”, *ob. cit.*, pág. 332, se refiere al “derecho que tiene todo emigrante legal a alcanzar una plena integración”.

⁶⁰ Rodríguez Mesa, M^a. J.: *Delitos contra los derechos...*, *ob. cit.*, pág. 65.

⁶¹ Por todos, Rodríguez Montañés, T.: “Ley de extranjería y Derecho penal”, *ob. cit.*, pág. 2. Como señala Sánchez García de Paz, I.: “Protección penal de...”, *ob. cit.*, pág. 820, hay autores que configuran el delito como de peligro abstracto-concreto o hipotético, y otros no hacen referencia al tipo de peligro exigido. Veo más importante que la cuestión terminológica, la concreción de la peligrosidad *ex ante* y *ex post* exigida por el tipo, y esto no es, siempre, realizado por la doctrina.

⁶² Serrano Piedecasas, J. R.: “Los delitos contra...”, *ob. cit.*, pág. 337.

⁶³ Por citar una de las posiciones que se refiere a este delito como de peligro abstracto concreto, señala Pérez Cepeda que “aunque no sea necesario que se pruebe que existe un peligro concreto para la dignidad de un extranjero por la conducta de tráfico ilegal o la inmigración clandestina, tampoco es un delito de peligro abstracto porque no basta con realizar una conducta de tráfico ilícito de personas, sino que será preciso que la acción, sin ser peligrosa para efectuar a un determinado extranjero, pueda, en caso hipotético, causar un perjuicio a la dignidad humana de los extranjeros”. De ahí deriva la autora que no basta con realizar la conducta sino que es necesario que la misma sea idónea objetivamente “para poner en peligro o lesionar de forma grave y manifiesta a la dignidad humana del colectivo de extranjeros”, y que la dignidad humana se ve puesta en peligro cuando “la persona es tratada, no como tal, sino como puro objeto o cosa” (Pérez Cepeda, A. I.: “Delitos contra los...”, *ob. cit.*, pág. 128). Lo cierto es que la autora está configurando un delito de peligro abstracto, en el que toda la peligrosidad que se exige se analiza desde una perspectiva *ex ante*, no demandando ningún tipo de peligrosidad real *ex post* del comportamiento. La construcción es de un tipo de delito aceptable, a mi parecer, en el Derecho penal moderno, al exigirse, cuanto menos, que la peligrosidad analizada *ex ante*, sea estadísticamente real, y dejando fuera aquellos comportamientos que ni siquiera *ex ante* tenían capacidad de peligro. Debería convenir la autora, entonces, que el

tipo de injusto del artículo 318bis⁶⁴ más o menos relacionados con la concreción de un posible desvalor de peligrosidad a analizar *ex post*, pero difíciles de cuadrar con la amplitud típica y sin exigencia de ninguna peligrosidad de resultado del artículo 318bis, hay incluso quien ha sostenido la atipicidad de aquellos supuestos en los que, pese a que *ex ante* pudiera considerarse que la conducta es peligrosa, por haber tráfico ilegal, la comprobación *ex post* la excluye, por ejemplo, porque el extranjero se encuentra en situación legal en el territorio pese a que la entrada haya sido ilegal⁶⁵.

Tal intento de reducir el ámbito típico, el más coherente con una concepción de mínima y proporcionada intervención del Derecho penal, ya no choca sino que se golpea violentamente contra la gramática del tipo. Nos encontramos, como bien ha expresado Maraver Gómez, con una clara manifestación de la “relación de tensión entre lo que parece decir el precepto y lo que se considera que debe decir en atención al bien jurídico protegido”⁶⁶ o, dicho de otra forma, con la dificultad de aplicar un criterio teleológico de interpretación que otorgue contenido material a un precepto cuya letra es excesivamente clara e injusta a la vez. Y es que el artículo 318bis en ningún lugar parece exigir desvalor de resultado alguno relacionado con la libertad y la seguridad. Además, el mismo incorpora como conductas del delito las de promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal, a lo cual se suma la finalidad expansiva que demuestra la referencia “directa o indirectamente”. La única peligrosidad que integra el ámbito de este tipo, conforme a la redacción que el legislador ha querido dar al mismo, es aquella, muchas veces real, pero presupuesta como siempre real, por el legislador, de que traficar con personas hace peligrar sus derechos como colectivo, esto es, una peligrosidad *ex ante* en relación con un bien jurídico difuso como sería el de “las condiciones necesarias para la libertad y dignidad de los inmigrantes”.

Decir, sin embargo, que es este el bien jurídico protegido y no exigir ningún desva-

injusto material de este precepto se distingue muy poco de aquél del precepto administrativo (tan sólo en la idoneidad analizada *ex ante*), y que no hay ninguna exigencia en el tipo de un injusto material analizado *ex post* y relacionado con los derechos, por lo que más bien es la propia norma administrativa y la propia política migratoria violada con la inmigración ilegal y el tráfico de personas la que dotan de contenido esencial al precepto aparte de la idoneidad que poco restringirá el ámbito típico. Su interpretación, por tanto, no difiere en cuanto a exigencia de injusto material de la aquí realizada, y siendo una interpretación apenas restrictiva del tipo tiene que seguir exigiéndose la reforma del mismo.

⁶⁴ Para el conjunto de interpretaciones que tratan de restringir el alcance del precepto véase, con notas y referencias, Sánchez García de Paz, I.: “Protección penal de...”, *ob. cit.*, págs. 825 y 826. Incluye a las interpretaciones que excluyen la cooperación no necesaria, que exigen habitualidad por la noción de tráfico, la pertenencia del autor a una organización u otros elementos como el abuso de situación de necesidad o el ánimo de lucro. La autora alaba, con razón, la intención de restringir el alcance del precepto, pero, también acertadamente, recuerda la complejidad de mantener tales tesis para un tipo como el artículo 318 que añade junto a la descripción típica “directa o indirectamente”, etc.

⁶⁵ Así Rodríguez Ferrández, S. y García Moreno, E.: “La respuesta penal al...”, *ob. cit.*, pág. 702. De forma más matizada, pero prácticamente idéntica en la exigencia de desvalor de resultado, Sáinz Cantero-Caparrós, J. E.: “Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en VVAA.: *Estudios penales en homenaje...*, *ob. cit.*, págs. 805 y 806, señala que debe limitarse la aplicación del tipo penal “a los casos de favorecimiento de la inmigración clandestina, en aquellos casos en que efectivamente se produzca una lesión material de los derechos reconocidos a los inmigrantes irregulares, debiendo considerarse infracción administrativa los supuestos en que, aun existiendo una entrada, estancia o salida irregular, sin embargo no se hayan lesionado de manera efectiva los derechos de los ciudadanos”.

⁶⁶ Maraver Gómez, M.: “Tráfico ilegal de...”, *ob. cit.*, pág. 635. Señala el autor que esto pasa si se afirma que lo que se protege en este delito son los derechos o dignidad de los ciudadanos extranjeros.

lor material de peligrosidad real en relación con la libertad o dignidad de los inmigrantes, supone lo mismo que afirmar que lo que protege el tipo es la política migratoria⁶⁷ o, como ha señalado un sector doctrinal, el control de los flujos migratorios⁶⁸. Al fin y al cabo, el injusto del comportamiento no se relaciona en ningún caso con la infracción de normas relacionadas con los derechos de los inmigrantes como personas o como trabajadores, sino que se deriva del hecho de la inmigración ilegal, esto es, de la negación de normas administrativas que regulan la entrada y estancia legal en nuestro país⁶⁹, y de la consiguiente negación de las normas del mercado de trabajo que pueden afectar al libre acceso al trabajo de los españoles⁷⁰, y tan sólo se restringe esta amplitud típica exigiendo que la conducta, *ex ante*, tenga capacidad para afectar a la dignidad o los de los extranjeros⁷¹, como de hecho tienen, *ex ante*, todas las conductas de favorecimiento de la inmigración ilegal. Como dice acertadamente Guardiola García, “no puede pretenderse que el objeto de tutela sean los derechos del inmigrante sólo porque además se castigue, sin siquiera porque se castigue como tipo cualificado, el desarrollo de estas conductas en condiciones lesivas para él o generando estructuras de opresión, explotación y maltrato”⁷².

Aceptado, pues, este bien jurídico y afirmado que la peligrosidad del comporta-

⁶⁷ Pues como señala con acierto Guardiola García, son más bien piruetas argumentales aquellas que insisten en señalar que se está ante un delito de peligro abstracto de un interés difuso, dado que no hay ninguna existencia de abuso en el tipo del 318 bis CP. Guardiola García, J.: “Tráfico ilegal o inmigración...”, *ob. cit.*, Pág. 19.

⁶⁸ Así, entre otros, Maqueda Abreu, M.: “¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis, 2? Las sinrazones de una reforma”, en *Revista de Derecho y Proceso penal*, Aranzadi, 2001, 2, nº 6, pág. 40 y ss, Rodríguez Montañés, T.: “Ley de extranjería y...”, *ob. cit.*, pág. 2; Pozuelo Pérez, L.: “Tráfico de personas y explotación sexual”, en Bacigalupo Saggese, S. y Cancio Meliá, M. (Coords.): *Derecho penal y...*, *ob. cit.*, pág. 433; Guardiola García, J.: “Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: Comentario a la reciente reforma del art. 318 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)”, en *Revista de Derecho Penal y proceso penal*, Año 2005, 1, nº 13, pág. 17, y Maraver Gómez, M.: “Tráfico ilegal de...”, *ob. cit.*, pág. 644, con referencias bibliográficas en nota 63. En contra Rodríguez Mesa, M^a. J.: *Delitos contra los derechos...*, *ob. cit.*, págs. 55 y ss., y Pérez Cepeda, A. I.: “Delitos contra los derechos de...”, *ob. cit.*, pág. 117, argumentando que si fuera ése el bien jurídico protegido, el primer infractor del mismo sería el inmigrante. Acierta la autora, pero también resulta comprensible que el legislador, en su interés por controlar de forma absoluta en vía penal los flujos migratorios, haya querido apartar al inmigrante, fundamentalmente por que tal decisión político-criminal sería, no sólo totalmente antidemocrática, más incluso que la actual regulación, sino muy mal vista por la opinión pública a nivel mundial. Esto no puede llevar a señalar que, al no sancionarse al inmigrante, no es la política de flujos migratorios la protegida por el tipo.

⁶⁹ Como señala Carmona Salgado, la verdadera preocupación de fondo del legislador no es otra que la “desesperada de necesidad de proteger a toda costa y a golpe de Código penal, por encima, incluso, de cualquier derecho individual de extranjeros e inmigrantes, la política migratoria del Estado” (Carmona Salgado, C.: “Trata sexual de mujeres y prostitución forzada. Algunas notas críticas con motivo de la LO 11/2003”, en VVAA.: *Estudios penales en homenaje...*, *ob. cit.*, pág. 209).

⁷⁰ Así, dice Lorenzo Copello que el artículo 313.1 responde al objetivo de tutelar un interés que puede ser contrario a los inmigrantes, cual es el derecho de los trabajadores españoles a no ver reducidas sus posibilidades de acceso a un puesto de trabajo por la competencia que representa una mano de obra más barata”, bien jurídico que califica la autora como “de carácter supraindividual asociado al control estatal de los flujos migratorios que poco tiene que ver con los derechos de los extranjeros”. Lorenzo Copello, P.: “La protección penal de...”, *ob. cit.*, págs. 68 y 69.

⁷¹ Esto es prácticamente implícito al concepto de tráfico de seres humanos, y puede extenderse, como requisito, a la conducta de inmigración ilegal. Pero apenas restringe su ámbito. Por ejemplo no dejaría fuera las conductas de favorecimiento de la inmigración ilegal realizadas por las ONGs para salvar a los inmigrantes, ni de los familiares de un ilegal, pues la peligrosidad hipotética de estas conductas, *ex ante*, sería la misma que la de quien acepta dinero para subir a cinco personas en los bajos de su camión.

⁷² Guardiola García, J.: “Tráfico ilegal o inmigración...”, *ob. cit.*, pág. 18.

miento típico para con el bien jurídico es exigible sólo *ex ante*, y que ello no aporta ningún injusto material de peligrosidad *ex post* en relación con los bienes que debieran ser protegidos realmente, debemos entonces afirmar, a su vez, la desproporcionalidad punitiva del precepto y el sin sentido del solapamiento, más que evidente, que el mismo tiene con las infracciones administrativas; y, por tanto, y en última instancia, la escasa compatibilidad de un precepto de estas características con los principios del Derecho penal de un Estado social y democrático de derecho y la solicitud de su modificación legislativa⁷³. Voy a profundizar en esto a continuación.

Comenzando por la desproporcionalidad punitiva, cuando se incluyó por primera vez este precepto en el CP de 1995 la pena era de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. La reforma del CP de 2003 ha supuesto una importante modificación de las penas en este delito⁷⁴. Concretamente, ahora la pena para los comportamientos del tipo básico es de 4 a 8 años, de modo que no sólo se multiplica por ocho el límite mínimo de la pena: de 6 meses a cuatro años, y por casi tres el límite máximo, de 3 a 8 años, sino que por un delito de inmigración ilegal realizado por una organización dedicada a ello se aplicará una pena de 10 a 15 años, la misma sanción que en el caso del homicidio; y ello exista o no puesta en peligro de la vida de las personas, y se sea autor o cómplice. Y estas penas pueden aumentar hasta los 17 años, es decir, penas sólo equiparables al asesinato, si la inmigración se realiza para la explotación sexual⁷⁵. Es cierto que la reforma de 2003 ha supuesto la incorporación de un nuevo párrafo 6 que permite atenuar la pena imponiendo la inferior en un grado atendiendo a la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones y finalidad del culpable, etc. Pero ello apenas merma para algunos supuestos de hecho la evidente desproporcionalidad punitiva, contraria al principio constitucional, que el tipo supone⁷⁶. Además, y como ha señalado Sánchez García de Paz, la desproporcionalidad lo es también entre las propias conductas del tipo, dado que el mismo no discrimina en modo alguno la diferente gravedad que puede presentar la contribución al tráfico⁷⁷.

⁷³ Véanse las críticas de Rodríguez Mesa, M^a. J.: *Delitos contra los derechos...*, *ob. cit.*, pág. 56.

⁷⁴ Véase el completo y muy crítico análisis de Sáinz Cantero-Caparrós, J. E.: "Sobre la actual configuración...", *ob. cit.*, págs. 795 y ss.

⁷⁵ En este sentido, Corcoy Bidasolo, M.: "Sistema de penas y líneas político-criminales de las últimas reformas del Código penal. ¿Tiende el Derecho penal hacia un *Derecho penal de dos velocidades?*", en Cancio Meliá, M. y Gómez-Jara Díez, C. (Coords.): *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Vol. 1*, BdeF, Buenos Aires, 2006, pág. 393, refiriéndose al artículo 318bis señala que "otra vez se olvida la proporcionalidad, por cuanto se equiparan conductas que, por ejemplo, en el ámbito de la libertad sexual, serían calificadas en unos casos como agresiones y en otros como abusos. Se llega a la pena del homicidio, diez a quince años, cuando esas conductas se cometan por persona que pertenezca a organización o asociación dedicada a estas actividades "aun cuando sea con carácter transitorio", llegando a la pena del asesinato cuando se trata de jefes, administradores o encargados...". También critican la desproporción punitiva, Terradillos Basoco, J.M^a: "Extranjería, inmigración y sistema penal", en Rodríguez Mesa, M^a. J. y Ruiz Rodríguez, L. R. (Coords.): *Inmigración y sistema penal...*, *ob. cit.*, pág. 56; y Sáinz-Cantero Caparrós, que añade que tal equiparación punitiva al homicidio "puede tener un espectacular efecto criminógeno, en nuestra opinión, sobre todo atendiendo a las peculiaridades criminológicas del fenómeno que nos ocupa" (Sáinz-Cantero Caparrós, J. E.: "Sobre la actual...", *ob. cit.*, pág. 801).

⁷⁶ Sáinz-Cantero Caparrós, J. E.: "Sobre la actual...", *ob. cit.*, págs. 796 y pág. 803. También, para el artículo 318.2, Maqueda Abreu, m. L.: "¿Cuál es el bien jurídico...", *ob. cit.*, pág. 42.

⁷⁷ Sánchez García de Paz, I.: "Inmigración ilegal y tráfico...", *ob. cit.*, pág. 129. Señala con razón la autora que si bien el tipo penal no puede entrar en la casuística, sí debería limitarse a definir conductas de autoría del tráfico, de modo que las conductas de mera cooperación, necesaria o no, resultasen punibles conforme a las reglas

Para finalizar, quizás lo más significativo de la decisión político criminal que implica la incorporación en el CP español del delito del art. 318 bis CP 1995 es su semejanza con el art. 54. b) de la LO 4/2000 que prevé como infracción muy grave “inducir, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito”. Es evidente que esta duplicidad de preceptos que castigan la misma conducta puede ser tachada de inconstitucional, puesto que el precepto administrativo contempla un supuesto más gravoso que el contemplado en el delito como es la realización del hecho con ánimo de lucro, lo que supone una quiebra del principio de proporcionalidad en relación con el de “última ratio”, al dar prioridad a la vía penal para castigar conductas que contienen un menor injusto que las contempladas en vía administrativa. Ello ha llevado a algún autor a considerar integrado tal elemento en el propio tipo básico⁷⁸, y a un sector doctrinal, más numeroso, entre el que me incluyo, a pedir que el ánimo de lucro no constituya un elemento agravatorio sino un requisito del tipo básico⁷⁹.

El legislador, pues, en vez de distinguir el ilícito penal del administrativo según la conducta afecte o no a la libertad o dignidad del individuo, y según el ánimo del sujeto que realiza el delito y la pertenencia a una organización criminal, ha incluido en el precepto penal un comportamiento absolutamente inocuo para los derechos de los extranjeros, pero no para la política migratoria española. De nuevo se ha tipificado como delito lo que no debiera ser más que un ilícito administrativo⁸⁰, pero sancionándolo con penas de 4 a 8 años, similares a las de, por ejemplo, un homicidio en grado de tentativa, unos abusos sexuales a menores o un delito de lesiones graves.

Es cierto que el tráfico ilegal de inmigrantes es un comportamiento potencialmente peligroso para los derechos de los inmigrantes. También resulta evidente la peligrosidad para la estructura o identidad social que comporta la inmigración ilegal. Puede aceptarse, por tanto, una interpretación que integre dentro del tipo de injusto sólo aquellos comportamientos que, desde una perspectiva *ex ante*, afecten a tales intereses. Pero hay que ser conscientes de que ello apenas limitará (como por otra parte tampoco puede hacerlo ninguna interpretación del tipo que no viole los límites impuestos por el principio de legalidad) el ámbito de injusto de un tipo penal con el que el legislador no ha querido tanto preservar la seguridad, dignidad y libertad de los ciudadanos extranjeros, como situar en el ámbito de la ilegalidad penal cualquier forma de colaboración

generales de la participación, o en todo caso en menor grado que la autoría”, y lo mismo para la diferenciación entre consumación y tentativa.

⁷⁸ Sánchez Lázaro, F. G.: “El nuevo delito de...”, *ob. cit.*, pág. 292 y ss.

⁷⁹ Así, Sánchez García de Paz, I.: “Inmigración ilegal y tráfico...”, *ob. cit.*, pág. 130, y De La misma: “Protección penal de...”, *ob. cit.*, pág. 807; y Sánchez Lázaro, F. G.: “El nuevo delito de...”, *ob. cit.*, págs. 293 y 308. Y es que, como señala Maraver Gómez, al no exigir el ánimo de lucro “nuestro Código penal se desmarca del concepto de tráfico ilegal de inmigrantes que aparece recogido tanto en el Protocolo de las Naciones Unidas, como en algunas normas europeas o, incluso, en el Convenio de Ejecución de Schengen” (Maraver Gómez, M.: “Tráfico ilegal de...”, *ob. cit.*, pág. 624)

⁸⁰ Pérez Cepeda, A. I.: “Delitos contra los derechos...”, *ob. cit.*, pág. 117. Señala la autora que “el interés de la administración por controlar la movilidad de los extranjeros no puede ser elevado a la categoría de bien jurídico en sentido tradicional, dado que estaríamos legitimando la tutela de objetivos de organizaciones políticas, sociales y económicas, por lo que el Derecho penal no tutelaría ya víctimas, sino funciones”.

con la inmigración ilegal. Lo cual, a mi parecer, no puede merecer una sanción tan grave como la establecida en el artículo 318bis CP⁸¹.

3.1.2. *Recapitulación y primeras conclusiones*

Puede decirse que con los delitos existentes en el Código Penal español el legislador no sólo adopta una política criminal tremendamente represiva frente a la inmigración ilegal, sino que lo hace utilizando el Derecho penal como arma primera y principal, en vez de usarla, según los principios básicos de intervención mínima y proporcionalidad, para aquellos supuestos de tráfico de personas que, además de afectar a la política migratoria, pongan en peligro concreto, a valorar *ex post*, los derechos de las personas objeto de inmigración ilegal, y para aquellos de inmigración ilegal que por la entidad del comportamiento o por el ánimo o carácter de organización criminal del autor, merezcan una respuesta sancionadora mayor que la del Derecho administrativo. Así, desde el favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores extranjeros, pasando por la inserción de los mismos en el mundo laboral irregular hasta los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, el Código penal español presenta un amplio catálogo de delitos en el que hay un claro solapamiento de la infracción penal con la administrativa y claras violaciones de principios penales como el de intervención mínima, taxatividad o proporcionalidad.

Es cierto que con estos tipos el Derecho penal también protege al inmigrante frente a las redes de inmigración ilegal, frente a la discriminación y frente a su explotación laboral. Pero esto no puede interpretarse, sin embargo, y como señala Terradillos Basoco⁸², como una auténtica tutela de los derechos de los inmigrantes, debido fundamentalmente a la inexistencia de mecanismos de autotutela que determina al régimen administrativo relativo a la inmigración⁸³. Por el contrario, esta política de persecución

⁸¹ Como dice Maraver Gómez, aunque no hablando directamente de desproporcionalidad, “no queda claro por qué el mero control de los flujos migratorios puede llegar a justificar la aplicación de una pena mínima de dos años de prisión a quien, incluso llevado únicamente por motivos familiares, personales o humanitarios, ayuda a un extranjero a entrar o permanecer en España cuando no cumple con los requisitos administrativos para ello” (Maraver Gómez, M.: “Tráfico ilegal de...”, *ob. cit.*, pág. 647)

⁸² Terradillos Basoco, J. M^a : “Tráfico ilegal de emigrantes”, en Zúñiga Rodríguez, L.; Méndez Rodríguez, C. y de Diego Díaz-Santos, M.R.: *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001, pág. 18.

⁸³ Y es que difícilmente se puede presuponer que hay una protección efectiva de los derechos cuando las condiciones de éstos son tan distintas entre nacional y extranjero. Como recuerda Pomares Cintas: “frente al autóctono, el extranjero no goza del derecho a la libre circulación, de residencia, ni de acceso al trabajo, sólo bajo las condiciones que impone el Estado “receptor”, a las que estará permanentemente sometido; precisa, por tanto, de unos presupuestos que son los que le capacitan pero limitadamente a “participar en la sociedad de “acogida”, y que están recogidos en la legislación de extranjería. Además, la legislación de extranjería pone trabas a la estabilidad de la situación de legalidad, que se supedita a la permanencia en el trabajo o a la disposición de recursos económicos fehacientemente acreditada”. Junto a ello, el inmigrante ilegal no puede ser contratado, ni tampoco goza del derecho a acceder al trabajo, a recibir ofertas de empleo a través del sistema anual de contingentes, ni a obtener visados para búsqueda de empleo en el marco del contingente, conforme establece el artículo 39 de la Ley Orgánica de Extranjería (anterior art. 37) (Pomares Cintas, E.: “Las incongruencias...”, *ob. cit.*, pág. 7). Ante esta situación, el inmigrante está en un *status de inferioridad legal* que se acentúa extraordinariamente cuando el inmigrante es “ilegal”, y que complica enormemente la pretendida protección, de *facto*, de sus derechos por vía penal.

total de la inmigración ilegal, tanto por vía penal como administrativa, acaba revirtiendo contra el propio inmigrante clandestino que no sólo no es protegido por el Derecho al no serles reconocidos todos los derechos civiles, sino que ve cómo alrededor de él cualquier actividad, le perjudique o no como persona, afecte o no a sus derechos, puede acabar resultando delictiva. La exclusión del inmigrante es, pues, un rasgo de la política criminal frente a la inmigración que encontramos ya en el ámbito de la tipificación penal, cuando se definen como delitos comportamientos que no afectan realmente a los derechos de la persona sino a la política de inmigración elegida por el Estado.

3.2. El inmigrante como sujeto activo del delito: la expulsión del inmigrante en el Código Penal

El análisis de la política criminal frente a la inmigración no está completo con el estudio de los delitos que sancionan la inmigración ilegal. Falta el análisis del tratamiento penal que se da al delincuente cuando él mismo es un inmigrante.

La expulsión de extranjeros, aparte de ser la sanción administrativa de más frecuente aplicación en relación con las conductas de inmigración ilegal para múltiples supuestos, se convirtió en una medida de carácter penal a partir de la Ley de extranjería de 1985 y se incluyó posteriormente en el Código penal de 1995⁸⁴. Las razones político criminales para adoptar esta medida no son fáciles de encontrar, siendo varias las hipótesis acerca de los motivos por los que el legislador, en aquellos casos en los que el delincuente es un inmigrante, puede haber preferido que se le aplique al mismo la inmediata expulsión que el efectivo cumplimiento de la pena con la posterior expulsión administrativa.

En primer lugar, un sector doctrinal aduce razones de prevención general para defender esta medida. Se argumenta que lo que pretende la misma es evitar que el cumplimiento de una pena sirva para que un sujeto se mantenga en el territorio⁸⁵. La argumentación, sin embargo, no se sostiene, fundamentalmente por el hecho de que la comisión de un delito puede implicar siempre la aplicación de la medida administrativa de expulsión cuando se termine de cumplir la pena⁸⁶.

Otro sector doctrinal afirma que la medida serviría para seleccionar la inmigración⁸⁷, en el sentido de eliminar de nuestras fronteras aquellos que no cumplen con las normas esenciales de la democracia, y dejar únicamente a los que las respetan. Efectivamente éste podría ser uno de los motivos del legislador, pero si eso fuera así, tendríamos que admitir que mientras que frente a los nacionales o asimilados que cometen un delito la pena tiene las funciones de reinserción y reeducación, es decir, se permite

⁸⁴ Un completo análisis sobre la evolución legislativa de esta institución, en Cancio Meliá, M. y Maraver Gómez, M.: "El Derecho penal español...", *ob. cit.*, págs. 383 y ss.

⁸⁵ En este sentido se manifiesta la propia exposición de motivos de la LO 11/2003, al señalar que "se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España".

⁸⁶ Cancio Meliá, M. y Maraver Gómez, M.: "El Derecho penal español...", *ob. cit.*, pág. 386.

⁸⁷ Luzón Cuesta, citado por Asúa Batarrita, A.: "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, P. (Coord.): *Inmigración y Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 57, nota 63.

una segunda oportunidad, frente a los inmigrantes tales fines constitucionales no se respetan dado que a la primera infracción penal no grave se les expulsa del territorio sin que se les permita la vuelta en 10 años⁸⁸.

Otro discurso habitualmente utilizado para explicar la bondad de la expulsión ha sido, precisamente, el de la dificultad de reinserción que tienen los inmigrantes irregulares por carecer de arraigo en España⁸⁹. Asiste razón, sin embargo, a Cancio Meliá y Maraver Gómez cuando señalan que tal afirmación, no demostrada, de dificultad de reinserción en estos casos, no puede servir para justificar la exclusión absoluta del inmigrante, sin siquiera su audiencia, de los fines constitucionales de reeducación y reinserción de las penas⁹⁰. Porque, como recuerda Terradillos Basoco, desconocer que el principio de reinserción no puede ceder ante la ideología de la segregación es “situarse contra el orden constitucional”⁹¹.

Finalmente, también se ha señalado que la razón fundamental de esta medida estriba en la masificación que sufren en la actualidad las prisiones y en la voluntad de minimizar el efecto del aumento de porcentaje de inmigrantes entre la población española⁹². No puede negarse que en el fondo de esta medida, ésta es una de las razones que puede haber tomado el legislador, si bien aún merecería más acuerdo el que tal argumentación no puede justificar, en ningún caso, la no aplicación de las penas a los extranjeros que comentan delitos con prisión inferior a 6 años.

Las diferentes argumentaciones no parecen explicar, por tanto esta especie de “beneficio penitenciario” que impide que se cumplan fines de reeducación y reinserción de las penas en los casos de delitos cometidos por extranjeros, que se convierten, así, en ciudadanos de tercera⁹³. Medida que, además, parece dar un mensaje tan claro como poco deseado, desde una perspectiva de prevención general, a un determinado tipo de inmigrantes como el relacionado con la delincuencia organizada, cual es el de que la comisión de determinados delitos supondrá, a lo máximo, la devolución al país de origen⁹⁴.

La regulación de esta medida ha ido, sin embargo, a peor, pues si la doctrina, con razón, podía antes exigir una interpretación restrictiva de la aplicación de esta medida

⁸⁸ También crítica en este sentido, Asúa Batarrita, A.: “La expulsión...”, *ob. cit.*, pág. 57.

⁸⁹ Véanse las referencias bibliográficas de Cancio Meliá, M. y Maraver Gómez, M.: “El Derecho penal español...”, *ob. cit.*, págs. 389 y ss. Crítica este argumento Asúa Batarrita al señalar que dependerá de las circunstancias de cada sujeto, lo cual impide una solución unívoca. “La expulsión del...”, *ob. cit.*, pág. 57.

⁹⁰ Cancio Meliá, M. y Maraver Gómez, M.: “El Derecho penal español...”, *ob. cit.*, págs. 390 y ss., en una amplia y completa crítica que comparto en su totalidad.

⁹¹ Terradillos Basoco, J.: “Extranjería, inmigración y...”, *ob. cit.*, pág. 64.

⁹² Asúa Batarrita, A.: “La expulsión...”, *ob. cit.*, pág. 55. Crítica tal argumento la autora, al igual que Cancio Meliá, M. y Maraver Gómez, M.: “El Derecho penal español...”, *ob. cit.*, págs. 387 y ss., quienes terminan con una frase muy acertada: “lo absurdo de la idea impide seguir considerándola”.

⁹³ Así, Corcoy Bidasolo, M.: “Sistema de penas y líneas...”, *ob. cit.*, pág. 392, basándose la autora para tal afirmación en la sustitución de penas y medidas de seguridad por expulsión a inmigrantes.

⁹⁴ En este sentido citan Cancio Meliá, M. y Maraver Gómez, M.: “El Derecho penal español...”, *ob. cit.*, págs. 389 y ss., una interesantísima Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de diciembre de 2003, en la que el Tribunal señala que los efectos preventivo general negativo y positivo de la norma se pierden si la única sanción al comportamiento típico es el pago del billete de vuelta y la advertencia de la prohibición de volver. La sentencia merece ser leída, constituyendo una interesante gota de sentido común en el inexplicable mar que ha creado el legislador.

para que la misma se pudiera hacer compatible con los objetivos de prevención general y especial que debe perseguir la pena⁹⁵, y el propio TC reconocía que una aplicación indiscriminada de la misma resultaría inconstitucional⁹⁶, tras la reforma de la LO 11/2003 esto resulta ya prácticamente imposible. Con el CP de 1995 se trataba de una medida dispositiva que podía ser adoptada o no, según el criterio del Juez. La reforma del CP en 2003, enmarcada dentro de ese terrible concepto de “Código penal de la seguridad”, convierte la misma en una medida casi imperativa, pues el Juez la deberá adoptar siempre a menos que, previa audiencia del ministerio fiscal, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en España. Resulta más complicado ahora, pues, atender al caso concreto y a las necesidades preventivo generales y especiales para tomar la decisión. Pero sigue siendo posible, y debe exigirse a los tribunales que ponderen la preferencia del legislador por la expulsión con las circunstancias que pueden hacer preferible el cumplimiento de la pena y, desde luego, la sustanciación completa del proceso. Además, se suprime la audiencia previa al interesado, se impide la aplicación de mecanismos de suspensión y sustitución de la pena, y se archivan los procedimientos administrativos para la obtención de permiso de residencia o de trabajo. Exclusión con celeridad y sin dificultad, eso es lo que quiere el legislador.

Son dos, sin embargo, los cambios más significativos que ha sufrido esta medida ya de por sí discutible y que demuestran la voluntad de exclusión del extranjero de los mecanismos de respuesta del Derecho penal para ciudadanos. El primero es que si antes el plazo de expulsión era de 3 a 10 años, que se determinaría teniendo en cuenta entre otras consideraciones la gravedad del delito, la ley Orgánica 11/2003 deja el plazo de expulsión en 10 años, sea cual sea la gravedad del delito cometido. El segundo es aún peor, y se refiere a la agilización del procedimiento de expulsión del extranjero inculcado o procesado por delitos castigados con penas inferiores a 6 años. Tras la reforma, el apartado 7º artículo 57 LOE, establece que “Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez a que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación. En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad

⁹⁵ Así, Asúa Batarrita, A.: “La expulsión del extranjero...”, *ob. cit.*, pág. 79 y ss, y en pág. 95. Una interpretación interesante de la expulsión tal y como estaba regulada antes de 2003, y sobre la base del respeto a las funciones de la pena preventivo generales y especiales y al principio de proporcionalidad, la ofrece Cugat Mauri, M.: “La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, año 2001, 2, nº 6, pág. 23 y ss. Es esta autora la que más claramente defiende esta medida de expulsión.

⁹⁶ Véase el Auto del TC 106/1997, y el comentario al mismo de Asúa Batarrita, A.: “La expulsión del extranjero...”, *ob. cit.*, págs. 51 y 52.

gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior”. De este modo, y al no ser necesario que se sustancie el proceso penal, la ejecución administrativa de la expulsión beneficia claramente a aquellos extranjeros que sí cometieron el hecho, dado que se les expulsará pero por un tiempo inferior que el que les tocaría si hubieran sido condenados; pero perjudica a todos aquellos que sean en realidad inocentes, pues el extranjero se puede ver expulsado, y con la prohibición de entrada en España durante un plazo importante de tiempo, por una mera sospecha de delito. Es cierto, como señaló Cugat Mauri, que no se puede argumentar en contra de la aplicación de la expulsión antes de terminar el proceso, dado que administrativamente tal expulsión ya es posible sólo por el hecho de ser irregular⁹⁷. Tampoco puede negarse que la voluntad político criminal de tal decisión de presionar al Juez a aplicar la expulsión aun cuando no se ha verificado un delito, poco tiene que ver, según hemos visto, con la prevención general o con la prevención especial, y, desde luego, aun tratándose de la aplicación de una sanción administrativa, con la proporcionalidad entre el mal causado y el mal a aplicar.

Puede afirmarse, pues, que la medida penal de expulsión, tal y como está regulada en nuestro Código Penal, es “una causa de levantamiento de la pena cuya finalidad es excluir del sistema jurídico a una categoría de personas”⁹⁸, en este caso, los inmigrantes delincuentes. Este “instrumento ejecutor de una política inocuidadora”, como lo ha definido Lorenzo Copello⁹⁹, quizás pueda considerarse como una medida de Derecho penal del enemigo tal y como han señalado otros en la doctrina¹⁰⁰, pues, al fin y al cabo, se aplica un Derecho penal diferente a aquél que no da al Estado seguridad cognitiva de un comportamiento conforme a la norma. De lo que no se trata es, a mi parecer, de una medida que corresponda al Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho¹⁰¹. Y es que la “sanción” de expulsión¹⁰² no busca confirmar la

⁹⁷ Cugat Mauri, M.: “La expulsión de extranjeros...”, *ob. cit.*, pág. 28. Señala la autora que “a la vista de la actual regulación legal (*la anterior**) no puede decirse que sea ilegal o inconstitucional aplicar la medida de expulsión a quien está procesado y antes de que recaiga condena penal. *Loc cit.* Pág. 30. Tiene razón la autora, pero que no fuera ilegal o inconstitucional, no convierte tal medida en acertada. Resulta, de todos modos, un trabajo interesante con aportaciones críticas a la, generalmente crítica, opinión mayoritaria doctrinal, lo cual resulta enriquecedor y necesario. Hay que tener en cuenta, además, que su opinión se construyó sobre una regulación distinta a la actual, siendo posible que el parecer de la autora variara una vez se ha aprobado la reforma de la LO 11/2003. Señalaba la autora que se trata de decidir si la aplicación de males distintos discrimina al extranjero, y concluía que “la medida no es discriminatoria si el trato distinto está motivado, y para ello lo que se debe exigir es la fundamentación de cada medida de expulsión, por ejemplo, en criterios como la peligrosidad o las posibilidades de resocialización en su país. En todo caso lo que debe evitarse es la aplicación sistemática de la misma, puesto que el control genérico de la migración no corresponde al derecho penal sino al administrativo”. Con la actual regulación creo que la discriminación en forma de exclusión es ya innegable.

⁹⁸ Cancio Meliá, M. y Maraver Gómez, M.: “El Derecho penal español...”, *ob. cit.*, pág. 414. En sentido similar, Terradillos Basoco, J.M^a: “Extranjería, inmigración y...”, *ob. cit.*, pág. 63, señala que “lo segregador-inocuidador prevalece sobre cualquier otra función”.

⁹⁹ Lorenzo Copello, P.: “Últimas reformas en el Derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión” en *JpD*, núm. 50, 2004, pág. 30.

¹⁰⁰ Cancio Meliá, M.: “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)”, en *VVAA.: Homenaje al prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pág. 210 y ss. También, en Cancio Meliá, M. y Maraver Gómez, M.: “El Derecho penal español...”, *ob. cit.*, pág. 414 y ss. Se suma a este parecer, Chazarra Quinto, A.: “El tratamiento penal del inmigrante en el Derecho español”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, Elche, N.º. 1, 2006, pág. 9.

¹⁰¹ Señala Rodríguez Mesa que la expulsión no cumple ni los fines de prevención general ni las posibilidades

vigencia de la norma, ni motivar al ciudadano a no realizar el comportamiento delictivo, ni trata de reintegrarlo en la sociedad en caso de desviarse del mandato; pretende, tan sólo, pero, ni más ni menos, excluir al no deseado. Quizás ni siquiera quepa bajo las premisas de Jakobs de que la finalidad de la sanción en el Derecho penal del enemigo debe ser la protección de la seguridad de los ciudadanos¹⁰³, pues difícilmente se puede sostener que con la expulsión se logra una mayor seguridad que con el cumplimiento de la pena y la posterior expulsión administrativa¹⁰⁴. Lo que es seguro es que el mensaje simbólico de que ningún extranjero delincuente estará un minuto más en nuestro país, debe haber jugado un papel muy importante en la toma de decisión de la adopción de una medida¹⁰⁵ que, desde otras perspectivas, las de la legitimidad de la intervención penal en el Estado democrático, no encuentra ni explicación ni justificación.

4. Política criminal sobre inmigración en España y política Europea ¿Coherencia o recrudescimiento de la intervención penal excluyente frente a la inmigración ilegal?

Una vez analizada la regulación penal española de la inmigración puede afirmarse que son tres las líneas maestras de la política criminal migratoria, esto es, las ideas en las que se basa el Derecho penal aplicado a la inmigración: La primera, que hay que evitar a toda costa la inmigración ilegal, y cualquier tipo de favorecimiento, facilitación o promoción, más o menos remota, de la misma. La segunda que para conseguir este

de corrección y resocialización del delincuente y, además, cuando se acuerda para el condenado a pena de prisión superior a seis años una vez cumple las tres cuartas partes de su condena, entra en contradicción con el principio *ne bis in idem* (Rodríguez Mesa, M^a J.: “El sistema penal...”, *ob. cit.*, pág. 86).

¹⁰² Acerca del carácter de sanción que, en parte, tiene la medida de expulsión véase, Asúa Batarrita, A.: “La expulsión del extranjero...”, *ob. cit.*, pág. 58 y ss, especialmente págs. 64 y ss. Véase acerca de la discusión sobre la naturaleza de tal medida, Flores Mendoza, F.: “La expulsión del extranjero en el Código Penal español”, en Laurenzo Copello, P (Coord.): *Inmigración y Derecho penal...*, *ob. cit.*, pág. 103 y ss; y Navarro Cardoso, F.: “Expulsión penal del extranjero: una simbiosis de Derecho penal simbólico y de Derecho penal del enemigo”, en *Revista General de Derecho Penal Iustel*, núm. 2, 2004, págs. 16 y ss. Flores Mendoza la califica como una medida de naturaleza *sui generis* y la presenta “como una cuarta alternativa a la ejecución de las penas privativas de libertad”, con fundamento y fin propios y diversos a los del régimen general de sustitución. *Loc. cit.*, pág. 109. En el fondo, y desde un punto de vista técnico es evidente que no estamos ante una sanción, sino ante una forma de sustitución de la sanción. Pero también es cierto que en este caso la forma sustitutiva se acaba aplicando, en la nueva regulación, prácticamente siempre a determinado tipo de personas, los inmigrantes, por lo que para ellos esa es la sanción. Por eso me parece acertada la descripción de Asúa Batarrita de que se trata “de una sanción administrativa que se transmuta en consecuencia jurídico-penal únicamente por su forma de operar en sede de ejecución de la pena impuesta”. “La expulsión del extranjero...”, *ob. cit.*, págs. 65 y 66. La cuestión de la naturaleza, sin embargo, me parece de menor relevancia que la de la explicación y, aún más importante, la legitimidad de la misma en el Derecho penal de un Estado social y democrático de derecho.

¹⁰³ Jakobs, G.: “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma”, en *RPDJP*, 2000, pág. 166. Véase al respecto, Miró Llinares, F.: “Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas; Estado de Derecho perfecto u óptimo en la práctica. Reflexiones sobre el Derecho penal del enemigo al hilo de la segunda edición del libro de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá”, en *Revista Electrónica de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche*, núm. 1, 2006, págs. 133 y ss.

¹⁰⁴ Véase, también, Navarro Cardoso, F.: “Expulsión penal...”, *ob. cit.*, págs. 16 y ss.

¹⁰⁵ Profundiza en esta idea del carácter simbólico no sólo de la expulsión sino, en global, de la respuesta penal al problema de la inmigración, Rodríguez Mesa, M^a J.: “El sistema penal ante...”, *ob. cit.*, págs. 867 y ss. Véase también Rodríguez Mesa, M^a J.: “La expulsión del extranjero...”, *ob. cit.*, págs. 287 y ss.

objetivo debe utilizarse el Derecho penal, que puede ser un instrumento eficaz y útil frente a la inmigración ilegal por su capacidad intimidadora. La tercera, que resulta más beneficioso expulsar a los inmigrantes de España que hacer cumplir las penas primero y expulsarles después, y ello sin que sea necesario que se compruebe que han cometido un delito. El legislador ha decidido utilizar el Derecho penal para controlar los flujos migratorios, mostrando, también, en este orden jurídico una menor preocupación por las condiciones de los inmigrantes como sujetos pasivos o, incluso, como autores de delitos, que por el hecho, central para el legislador, de que estén aquí; y dirigiendo su política a evitarlo mediante la intimidación a los que no han llegado, la punición desproporcionada a los que les ayuden a entrar o a mantenerse y la expulsión de los que delincan estando aquí.

Ahora bien, ¿esta política criminal española responde a una dirección unívoca, tomada en solitario por el legislador español, o se corresponde con la política que marca la Unión Europea en materia de inmigración? Como señalé al principio, no puede decirse que exista una auténtica política común a toda la Unión Europea en materia de inmigración que incluya una política criminal totalmente definida que armonice todos los instrumentos jurídicos y no jurídicos en aras a unos fines de control e integración de los inmigrantes, pero sí existe un total acuerdo, mostrado en múltiples declaraciones de diferente naturaleza de las instituciones europeas¹⁰⁶, en la alta prioridad que se debe asignar dentro de la política europea a la lucha contra las redes de inmigración ilegal. Así, y desde la configuración del tercer pilar comunitario¹⁰⁷, con la voluntad del establecimiento de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia que se constituyó en competencia comunitaria con el Tratado de Ámsterdam, la política comunitaria europea ha adoptado una posición de lucha total contra el “tráfico de seres humanos”.

Al fin y al cabo, los Estados europeos, por los factores relacionados con la inmigración que he señalado anteriormente, perciben globalmente el fenómeno de la inmigración ilegal como una amenaza para las condiciones de seguridad dentro de las fronteras interiores de la Unión Europea, de modo que para ellos prima el objetivo de reforzar las fronteras exteriores para el control de los flujos migratorios, asumiendo la materia de inmigración como un *asunto de seguridad y orden público*¹⁰⁸. En tal sentido se pronunció en 2000 el Consejo de la Unión europea para la prevención y control de la delincuencia organizada, partiendo de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere sobre inmigración, al asignar “una alta prioridad dentro de la cooperación entre

¹⁰⁶ Sobre todos ellos véase el completo análisis de Villacampa Estiarte, C.: “Normativa Europea y regulación del tráfico de personas en el Código Penal español”, en Rodríguez Mesa, M^a. J y Ruiz Rodríguez, L. R. (Coords.): *Inmigración y sistema penal...*, *ob. cit.*, págs. 72 y ss.

¹⁰⁷ Sánchez García de Paz, I.: “Inmigración ilegal y tráfico...”, *ob. cit.*, pág. 125

¹⁰⁸ Pomares Cintas, E.: “Las incongruencias...”, *ob. cit.*, págs. 18 y 19. Continúa señalando la autora que “el planteamiento de un bien jurídico encarnado en la custodia del modelo de entrada y permanencia regular de extranjeros en territorio nacional, en el que se encuentran implícitos intereses de seguridad y orden público, encaja con la orientación que toma el proceso de armonización del tercer pilar comunitario en materia penal. Un proceso de armonización de las legislaciones penales internas que se está verificando a partir de una inabarcable pretensión: “incriminar [...] los comportamientos que pongan en peligro a la seguridad”, una tendencia, por tanto, a una amplia intervención del Derecho penal y al endurecimiento de los marcos penales” (Pomares Cintas, E.: “Las incongruencias...”, *ob. cit.*, pág. 20).

Estados a la lucha contra las redes de inmigración ilegal”¹⁰⁹. Y pocos dudaron ya de que tales declaraciones tuvieron mucho que ver en la inclusión de un título protector de los derechos de los ciudadanos extranjeros y, dentro de él, del delito de tráfico de inmigrantes¹¹⁰.

La armonización de este objetivo fundamental del tercer pilar se concretó en la Decisión-Marco del Consejo, de 19 de Julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos que intentaba fijar los elementos comunes en la definición de tal delito, así como las sanciones mínimas a aplicar. En cuanto a lo primero, la Decisión marco determinaba a los Estados a castigar por vía penal la trata de seres humanos realizada con fines de explotación laboral o sexual, concretamente las conductas de captación, transporte, traslado, acogida, recepción de una persona, etc., siempre que se realizasen mediante coacción, fuerza, amenaza, engaño, con abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad o mediante pagos para conseguir el consentimiento de una persona. En cuanto a las penas, el artículo 3 establecía una sanción mínima de pena privativa de libertad de 8 años cuando los hechos concudiesen junto con circunstancias de especial gravedad como a) que se ponga en peligro la vida de la víctima de forma deliberada o por imprudencia grave, b) que se cometan contra una víctima especialmente vulnerable, c) que se cometan mediante violencia grave o causen daños especialmente graves, y d) que se realicen por una organización delictiva. Y tales demandas fueron satisfechas por el legislador español, que en la reforma del Código Penal realizada por medio de la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, aumentó la pena del tipo básico bajo la justificación de la necesidad de satisfacer plenamente los objetivos de armonización contenidos en la Decisión Marco.

La comparación entre estas normas referente de la política comunitaria y el régimen legal español que hemos estudiado nos da dos conclusiones:

La primera, que la tendencia legislativa española que hemos visto, de recrudescimiento de la intervención del Derecho penal y de endurecimiento de los marcos penales, se corresponde con este proceso de armonización del tercer pilar comunitario en materia penal, que se está realizando con la pretensión declarada oficialmente de “incriminar los comportamientos que pongan en peligro a la seguridad”. Los delitos del Código Penal español se enmarcan, por consiguiente, en tal política de proteger no los derechos de los inmigrantes, sino la potestad del Estado para controlar el acceso a su territorio, el perfil del extranjero que puede entrar, además de las condiciones de permanencia en el mismo”, esto es, la preocupación por la seguridad, y también por el mantenimiento del modelo socioeconómico, en el territorio de la Unión Europea¹¹¹. Así se manifiesta en las exposiciones de motivos de las leyes que reforman estos delitos, especialmente la de la LO 11/2003 que hace referencia a la decisión marco del Consejo

¹⁰⁹ Terradillos Basoco, J.M^a.: “Tráfico ilegal de...”, *ob. cit.*, pág. 16.

¹¹⁰ Villacampa Estiarte, C.: “Normativa Europea y regulación...”, *ob. cit.*, pág. 70.

¹¹¹ Así, dice Maraver Gómez que el interés de la Unión Europea en que los Estados comprendieran la importancia del problema “se refleja en las reformas que nuestro legislador ha ido introduciendo en el Código penal, unas reformas en las que puede apreciarse cómo la preocupación por las condiciones en las que muchos extranjeros llegan a España ha ido cediendo terreno ante la preocupación por controlar sin más la llegada de inmigrantes. Maraver Gómez, M.: “Tráfico ilegal de...”, *ob. cit.*, pág. 644.

de 19 de julio de 2002. El estudio realizado sobre el ámbito de los tipos penales y de la penalidad asociada a ellos nos demuestra, además, que si bien las normas europeas exigían una revisión de las conductas y las penas de los tipos existentes en aquél momento, no puede afirmarse que la normativa europea obligara “en todo punto a proceder a una reforma como la efectuada”¹¹², puesto que, por ejemplo, la no exigencia de ánimo de lucro en el tipo básico del artículo 318 no puede considerarse una “exigencia europea”.

Y es que, y esta es la segunda conclusión, como suele ocurrir con el discípulo que intenta agradar al maestro y profundiza en los excesos de éste, España ha ido mucho más allá en esta política criminal de exclusión del inmigrante que lo que marcaba la propia Política comunitaria en materia de inmigración. Así, y en primer lugar, En España “el “acervo represivo” contra el extranjero ilegal llega al punto de castigar la intervención de terceros en un hecho no punible por el ordenamiento jurídico”¹¹³. Esto es, en España no se tipifican como delitos sólo los comportamientos que establece la decisión marco y que perjudican al inmigrante, sino cualquier intervención de terceros en el hecho de la inmigración, aunque tal hecho no resulte punible por el ordenamiento jurídico, y aunque no se realicen con violencia, coacción, ánimo de lucro, etc¹¹⁴. En segundo lugar, el aumento de las penas del delito del artículo 318 ha sido tal que, como bien ha señalado Villacampa Estiarte, debería considerarse un incumplimiento, por exceso¹¹⁵, de la normativa europea¹¹⁶. Recordemos que la misma fijaba como sanción a aplicar la pena privativa de libertad de al menos 8 años para unos supuestos que, como ha señalado Sánchez García de Paz, constituirían tipos super-agravados y que se sancionan con una pena mucho mayor, de modo que “siguiendo criterios de proporció-

¹¹² Guardiola García, J.: “Tráfico ilegal o inmigración...”, *ob. cit.*, pág. 14.

¹¹³ Pomares Cintas, E.: “Las incongruencias...”, *ob. cit.*, pág. 24. Recuerda la autora que la legislación alemana de extranjería que regula estos comportamientos es más coherente: si la intervención de terceros en la inmigración clandestina es punible es porque el hecho principal lo es también. En efecto, la *Aufenthaltsgesetz* de 30 de julio de 2004 77, en el párrafo 96.1, sanciona con las penas de prisión de hasta 5 años o multa, las conductas que promueven o ayudan a la entrada o permanencia ilegal de extranjeros en territorio alemán, a modo de colaboración en las infracciones del propio extranjero, pues expresamente vincula la conducta colaboradora con *las conductas señaladas en los párrafos 95.1 (1, 2, o 3), 95.2*: es decir, con las infracciones penales consistentes en la *entrada o permanencia ilegal del extranjero en territorio alemán*. Junto a ello, admite la tentativa respecto de la colaboración aludida (párr. 96.3), y por ende, bajo un marco punitivo inferior. El párr. 95 *AufenthG.* sanciona con la pena de hasta 1 año de prisión o multa la *permanencia ilegal* (95.1.1 y 2), y la *entrada ilegal* en territorio alemán (95.1.3) –imponiendo la pena de hasta 3 años de prisión o multa para las conductas respectivas, cuando haya recaído sobre el extranjero prohibición de entrada u orden de expulsión (95.2.1)-. También se prevé en el párr. 95.3 la tentativa de entrada ilegal en territorio alemán. Por otro lado, se condiciona (también) la relevancia penal de esta intervención en la inmigración clandestina a la necesaria concurrencia de cualquiera de estos elementos: ánimo de lucro (96.1.1 *AufenthG.*), habitualidad o reiteración de la misma, o la realización de la conducta a favor de una pluralidad de extranjeros (96.1.2).

¹¹⁴ España, en vez de seguir otros modelos como el alemán, que sólo castiga la intervención de terceros en la inmigración clandestina cuando el hecho principal lo es también, va, pues, más allá y castiga cualquier favorecimiento al inmigrante irregular, tanto a su entrada como a su incorporación al trabajo, etc.

¹¹⁵ Villacampa Estiarte, C.: “El nuevo delito de tráfico...”, *ob. cit.*, pág. 2.

¹¹⁶ Como señala, pues, Terradillos Basoco, el argumento expresado en la exposición de motivos de la LO 11/2003 para elevar la pena del tipo básico de satisfacer “los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada a la circulación y a la estancia irregulares”, es falso (Terradillos Basoco, J.Mª.: “Extranjería, inmigración y...”, *ob. cit.*, pág. 55).

nalidad la pena que correspondería a la conducta de mero favorecimiento del tráfico o de la inmigración ilegal sin ninguna circunstancia calificativa, que es la castigada en el tipo básico del art. 318 bis. Nº1, debería ser muchísimo menor¹¹⁷. Se puede decir, pues, que, sin expresa demanda de la Unión Europea, la política criminal migratoria en España se está realizando a costa de algunos de los principios penales básicos tales como los de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de intervención mínima, el principio de taxatividad, el principio de proporcionalidad entre el mal causado y la pena a aplicar e, incluso, el principio de igualdad. Finalmente, y mientras la política comunitaria pone especial acento en la lucha contra las mafias ilegales, pero empieza a hacerlo también en la integración del inmigrante, España ha decidido utilizar el Derecho penal como elemento de exclusión del irregular: Primero apartando aún más socialmente al inmigrante por medio de la penalización de cualquier posible apoyo a su estancia en el Estado; y segundo fomentando su expulsión cuando se inicie un proceso penal y aun sin demostrarse su culpabilidad por los hechos. La medida penal de la expulsión, tal y como está regulada en nuestro país, puede no desagradar a “Europa”, que prefiera tener fuera de su territorio a los delincuentes no comunitarios, pero no debemos reprocharle a ella su inclusión en nuestro Código Penal. La responsabilidad es nuestra, y la posibilidad de convertirla en un instrumento penológico interesante para matizar los defectos preventivo-especiales que pueden conllevar para los inmigrantes las penas privativas de libertad, también.

No quiero terminar, sin embargo, sin precisar las críticas a este modelo legislativo adoptado por España e inspirado por la Unión Europea. La decisión del legislador de intervenir por medio del Derecho penal para tratar de luchar contra la el tráfico ilegal de personas no sólo no puede ser criticada sino que resulta obligada para los Estados en la actualidad¹¹⁸. La incidencia del tráfico de personas y, también, de la inmigración ilegal en la propia estructura y configuración económica y social, y, también, la peligrosidad que tal es actividades ilícitas pueden conllevar para las personas extranjeras que se ven explotadas y utilizadas por su especial indefensión, nos obliga a no quedarnos impasibles, a responder a esta amenaza con el Ordenamiento criminal. El tráfico de personas e, incluso, el favorecimiento de la inmigración ilegal, pueden y deben ser castigadas, pues, por medio del Derecho penal. Además, y al igual que en muchos otros ámbitos de delincuencia, no parece razonable incluir únicamente delitos de lesión que sancionen los comportamientos de tráfico de personas que afecten directamente a los derechos más importantes de los extranjeros, o delitos de peligro en los que tenga que constatarse una peligrosidad *ex post* de la conducta para bienes jurídicos individuales. No parece descabellado, pues, sino incluso necesario y legítimo, sancionar aquellas conductas potencialmente peligrosas desde una perspectiva *ex ante* para los derechos de los inmigrantes y para las principales condiciones sociales y económicas relacionadas con la inmigración, y hacerlo por la vía penal¹¹⁹. Pero todo esto no se contradice,

¹¹⁷ Sánchez García de Paz, I.: “Protección penal de los derechos de...”, *ob. cit.*, pág. 828.

¹¹⁸ Recuerda Sánchez García de Paz que la comunidad internacional ha tomado conciencia en los últimos años de la necesidad de criminalizar la propia facilitación de la inmigración ilegal “realizada con ánimo de lucro” (Sánchez García de Paz, I.: “Inmigración ilegal y tráfico...”, *ob. cit.*, pág. 114).

¹¹⁹ Guardiola García, J.: “Tráfico ilegal o inmigración...”, *ob. cit.*, pág. 20, cuando señala que no es una opción

sino que se complementa con las dos premisas del hilo argumental que he seguido en este trabajo.

La primera, que el Derecho penal, separado de los otros instrumentos de control social, jurídicos o no, de que dispone el Estado, difícilmente puede hacer nada frente al problema de la inmigración, dado que las causas de este fenómeno son mucho más profundas, complejas y graves como para que se subsanen por medio del Derecho penal. Resulta ilusorio pensar que aumentando las penas para el delito de inmigración ilegal, sancionando con 6 años de prisión al empresario que acoge como trabajadores a dos inmigrantes ilegales, o expulsando antes de que cumplan la pena a los delincuentes extranjeros van a reducirse los flujos migratorios o va a impedirse la inmigración ilegal. Las causas de este fenómeno son mucho más profundas, complejas y graves como para que se subsanen por medio del Derecho penal.

La segunda, que siendo necesario utilizar el Derecho penal, lo que no puede aceptarse es que para solucionar el problema se utilice una política migratoria penal desproporcionada y vacía de legitimidad material en muchas ocasiones, y no una determinada política migratoria sancionadora, que castigue por vía administrativa con multas y otras sanciones graves cualquier infracción de las normas reguladoras del proceso migratorio, y por vía penal todos aquellos comportamientos de tráfico ilegal que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos individuales de los inmigrantes o de otros participantes en el proceso¹²⁰ o, cuanto menos, que sean realizadas con ánimo de lucro por parte de los dedicados a ello y que incorporen un desvalor mayor (relacionado, por ejemplo, con la finalidad de explotación o con la entidad del acto de inmigración) que el producido con la infracción administrativa. Sólo así, otorgando al Derecho penal el papel de instrumento último para la protección de aquellos bienes e intereses más dignos de protección, se podrá compatibilizar la eficacia preventiva e intimidatoria del Derecho penal con el respeto a las garantías y principios que la dureza de sus sanciones exige para su aplicación en un Estado Social y democrático de Derecho.

descabellada la previsión de delitos relacionados con infracciones graves de la normativa en esta materia, matizando con razón que “cuestión distinta es, aceptando la adecuación y necesidad del recurso al instrumento penal-, la proporcionalidad del uso del mismo que efectivamente se hace”.

¹²⁰ Así, Rodríguez Mesa exige para la sanción penal que el comportamiento persiga la explotación del inmigrante y se realice sin su consentimiento (Rodríguez Mesa, M^a J.: *Delitos contra los derechos...*, ob. cit., pág. 121).