

PROF. MANUEL CANCIO MELIÁ/MARIO MARAVER GÓMEZ. EL DERECHO PENAL ESPAÑOL ANTE LA INMIGRACIÓN: UN ESTUDIO POLÍTICO-CRIMINAL.31-121.REVISTA CENIPEC.25.2006. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. MANUEL CANCIO MELIÁ
PROF. MARIO MARAVER GÓMEZ

**EL DERECHO PENAL ESPAÑOL ANTE LA INMIGRACIÓN:
UN ESTUDIO POLÍTICO-CRIMINAL***

* El trabajo se enmarca en las actividades del proyecto de investigación (Ministerio de Educación y Ciencia) "El nuevo sistema de sanciones penales desde la perspectiva de la integración y la Constitución europeas"(referencia:SEJ 2004-7025/JURI)
Fecha de recepción: 10/12/2005. Fecha de aceptación: 06/03/2006.

PROF. MANUEL CANCIO MELIÁ

manuel.cancio@uam.es

MARIO MARAVER GÓMEZ

mario.maraver@uam.es

Universidad Autónoma de Madrid

Madrid - España

Resumen

El fenómeno de la inmigración sur-norte es un elemento esencial de la llamada globalización. En el caso español, la inmigración se produce en circunstancias especiales: es masiva y rápida. Existe una respuesta específica del ordenamiento jurídico-penal, en las infracciones relativas a la inmigración clandestina y en la expulsión de extranjeros sin residencia regular. La configuración normativa de estas instituciones, su aplicación y su manejo en el debate político-criminal indican que el Derecho penal español está siendo utilizado -en el marco del llamado “Derecho penal” del enemigo- como instrumento para subrayar una política de exclusión social dirigida a determinados inmigrantes, y por ello requiere de profundas reformas.

Palabras clave: Globalización, inmigración sur-norte, derecho penal español, favorecimiento de la inmigración clandestina, expulsión de extranjeros delincuentes, derecho penal del enemigo.

Spanish criminal law regarding immigration: A study from the perspective of crime policy.

Abstract

Migration from South to North is an essential part of so-called globalization. In the Spanish case, immigration arises under special circumstances: it is massive and rapid. A specific response can be found in Spanish criminal law, in the norms relating to clandestine immigration and the expulsion of foreigners who have no regular abode. The configuration of these legal provisions, their application, and the way they are used within debates on crime policy indicate that Spanish criminal law is being used – in the framework of the so-called “criminal law for enemies” – as an instrument to underline a policy of social exclusion directed at certain immigrants. For that reason, the law needs thorough reform.

Key words: globalization, south-north immigration, spanish criminal law, favoring clandestine immigration, expulsion of alien criminal offenders, criminal law for enemies.

Le droit pénal espagnol face a l'immigration: Une étude politique - criminelle.

Résumé

Le phénomène de l'immigration du sud en direction du nord, est un élément essentiel de la mondialisation. En ce qui concerne le cas espagnol, l'immigration se fait dans des circonstances spéciales : elle est massive et rapide. Il existe une réponse spécifique du système juridique – pénal pour les infractions relatives à l'immigration clandestine ainsi que pour l'expulsion des étrangers dépourvus d'une résidence régulière. La configuration normative de ces institutions, son application et sa conduction dans le débat politique - criminel, indique que le Droit pénal espagnol est en train d'être utilisé – dans le cadre de ce que l'on appelle le « Droit Pénal de l'Ennemi » - comme un instrument qui sert à souligner une politique d'exclusion sociale, adressée à certains immigrants. C'est la raison pour laquelle il en a besoin de réformes profondes.

Mots Clés: Mondialisation. Immigration sud – nord. Droit Pénal Espagnol. Atténuantes de l'Immigration Clandestine. Expulsion des étrangers délinquants. Droit pénal de l'ennemi.

O direito penal espanhol perante a imigração: um estudo político-criminal.

Resumo

O fenômeno da imigração sul-norte é um elemento essencial da chamada globalização. No caso espanhol, a imigração se produz em circunstâncias especiais: é massiva e rápida. Existe uma resposta específica do ordenamento jurídico-penal, nas infrações relativas à imigração clandestina e na expulsão de estrangeiros sem residência regular. A configuração normativa de estas instituições, sua aplicação e manejo no debate político-criminal indicam que o Direito penal espanhol está sendo utilizado – no âmbito do chamado “Direito penal do inimigo” – como instrumento para destacar uma política de exclusão social dirigida a determinados imigrantes, e por isto, requer de profundas reformas.

Palavras chave: Globalização, imigração sul-norte, direito penal espanhol, favorecimento da imigração clandestina, expulsão de estrangeiros delinquentes, direito penal do inimigo.

Introducción.

El incremento de la migración sur-norte producido en las últimas décadas puede ser considerado un elemento sectorial decisivo de lo que se conoce como globalización¹; un elemento que se ubica, concretamente, en el reverso particularista de la globalización, pues mientras ésta consiste, esencialmente, en un aumento y en una liberalización de los movimientos de bienes y servicios -en especial, de los capitales y servicios financieros-, la inmigración tiende a ser regulada desde el norte mediante políticas de carácter restrictivo.

Resulta evidente que España es un país especialmente llamado a formular respuestas jurídicas y de otro orden al fenómeno de la inmigración: en primer lugar, porque aquí la inmigración como fenómeno masivo se ha concentrado en un período de tiempo extraordinariamente breve²; en segundo lugar, porque el tránsito de país emisor de emigración a país receptor de inmigración es muy reciente, inferior a una generación³; en tercer lugar, por la geografía del país, en uno de los extremos de la Unión Europea. En correspondencia con estos factores -entre otros-, la cuestión está alcanzando una relevancia cada vez más destacada en la discusión política española.

La inmigración también está teniendo, como no podía ser de otro modo en una evolución de tanta relevancia social⁴, una gran repercusión en el ámbito del sistema

¹ Cfr. sólo de Lucas, "Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado", en Remiro Brotons/Martínez Capdevila (ed.), *Movimientos migratorios y Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM), nº 7, 2003, pp. 24 y ss., 31 y ss., con ulteriores referencias.

² Se ha pasado de 600.000 residentes extranjeros en 1999 a 2.500.000 en el año 2003, es decir, de una tasa del 1,5% a una del 6% de la población; debiéndose tener en cuenta que la distribución por territorios es muy desigual y la población de origen extranjero se concentra en algunas áreas.

³ Cfr. las reveladoras referencias al reflejo de este cambio en la música popular hechas por Remiro Brotons, "Presentación", en AFDUAM, nº 7, 2003, pp. 14 y ss.; vid. también Asúa Batarrita, "La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración", en Lorenzo Copello (coord.), *Inmigración y Derecho penal*, 2002, pp. 17 y ss., 18.

⁴ Las consecuencias de la llamada globalización -siendo la inmigración masiva sur-norte, desde luego, una parte importante de ella- alcanzan a todo el ordenamiento jurídico; incluso en materia jurídico-constitucional se postulan tales efectos; cfr. el análisis de Teubner, "Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado", en la presente obra. Acerca de las repercusiones de la globalización sobre el ordenamiento jurídico-penal en su conjunto, cfr. sólo las perspectivas de Schünemann, "Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung", en *Goltdammer's Archiv (GA)*, 2003, pp. 299 y ss., 303 y ss.; Terradillos Basoco, "Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico", en *idem/Acale Sánchez* (coord.), *Temas de Derecho penal económico*, III. Encuentro hispano-italiano

jurídico-penal. Esta repercusión se manifiesta tanto en el plano de las *infracciones*, en la medida en que la preocupación por la creciente llegada de ciudadanos extranjeros ha llevado consigo la tipificación de determinadas conductas relacionadas con la propia actividad migratoria, como en el plano de las *sanciones*, toda vez que la figura del inmigrante como autor de delitos ha cobrado especial relevancia en el debate público y ha conducido a la inclusión de una medida tan particular como es la expulsión. Estos dos sectores de regulación son los que aquí se abordarán para intentar trazar la imagen de la política criminal española en materia de inmigración. Como puede observarse, por un lado, en los delitos relacionados con la inmigración ilegal, lo que provoca una respuesta del ordenamiento penal es la propia actividad migratoria o, más concretamente, el momento de la *entrada* del sujeto en el territorio y, por otro lado, en lo que se refiere a la institución de la expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal, en donde se incide es en el momento del fracaso del proyecto de inmigración mediado por el propio sistema jurídico-penal, configurando una particular modalidad de *salida*. Ambos sectores de regulación abarcan la reacción *formalmente específica* del sistema penal español frente al fenómeno de la inmigración. Además, estos dos sectores simbolizan también dos posibles posiciones del ciudadano extranjero: en el primer sector aparece, en principio, como *víctima*; en el segundo, como *autor*.

En lo que sigue, se llevará a cabo un estudio del delito del art. 318 bis CP (*infra* 1) y de la institución de la expulsión contenida en el art. 89 CP (*infra* 2). Con este estudio se pretende fundamentalmente determinar el sentido o la función de estos sectores de regulación, dejando en un segundo plano el detenido análisis del concreto mecanismo dogmático o procesal de aplicación⁵. Como se verá, el estudio de ambos sectores conduce a una valoración político-criminal coincidente sobre la respuesta que el Derecho penal español está ofreciendo actualmente al fenómeno de la inmigración (*infra* 3).

de Derecho penal económico, 2004, pp. 219 y ss., 222 y ss.; Vogel, "Derecho penal y globalización", en Cancio Meliá (ed.), Globalización y Derecho, en prensa para AFDUAM, nº 8, 2004.

⁵ Sobre el que existen ya un buen número de estudios teórico-prácticos; en todo caso, en lo que se refiere al delito del art. 318 bis CP, el breve análisis dogmático que se llevará a cabo irá encaminado únicamente a comprender el verdadero sentido del delito; y en cuanto a la expulsión de extranjeros del art. 89 CP, hay que tener en cuenta además que esta orientación de la perspectiva de análisis puede quedar justificada por el hecho de que cabe pronosticar que la regulación será reformada de nuevo en esta legislatura (cfr. las declaraciones de la Secretaría de Estado Consuelo Rumí en El País, 2.8.2004).

Comenzando por el eco teórico que estas figuras han encontrado desde el CP de 1995, puede afirmarse que gran parte de la doctrina científica considera que las modificaciones de la legislación penal que afectan a estos dos ámbitos de regulación se insertan en el punto álgido de la “degradación” e “involución”⁶ que caracterizaría a la política legislativa en materia criminal en los últimos tiempos. Sin embargo, en esta reacción teórica no es la formulación de una crítica frontal de la regulación -aunque desde luego existe tal crítica- lo que más llama la atención. Si se quisiera hallar un rasgo global para definir la respuesta de la doctrina científica frente a la evolución habida en el terreno que aquí interesa, no es suficiente apelar a la valoración negativa de la regulación y de los objetivos político-criminales que están detrás de ella: más bien, puede convenirse en que esa caracterización global se resume sobre todo en un notable *estupor*. En efecto, hay autores que diagnostican “ciertos rasgos de esquizofrenia”⁷, detectan una característica “ambivalencia”⁸, aprecian una “significativa falta de armonía”⁹ en la aproximación del Derecho penal español al fenómeno de la inmigración, califican, en suma, la regulación de “incongruente y contradictoria”¹⁰, fruto de un “proceso criminalizador desordenado y poco reflexivo”¹¹. Ciertamente, desde la perspectiva teórica, la regulación jurídico-penal se presenta como especialmente cargada de paradojas. Ante esta situación, se han formulado diversas propuestas que pretenden resolver las contradicciones internas con ayuda de una interpretación conservadora de la norma¹². Sin embargo, parece que la reforma introducida en la LO 11/2003 muestra ya con toda claridad los límites positivos a la máxima hermenéutica de que la Ley ha de ser más inteligente que el legislador (*Radbruch*¹³).

⁶ En los significativos términos utilizados por Sanz Morán, “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, en Revista de Derecho Penal (RDP), n° 11, 2004, pp. 11 y ss., 12 y 14.

⁷ Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), Inmigración, p. 19.

⁸ Sanz Morán, RDP, n° 11, 2004, p. 34.

⁹ Laurenzo Copello, “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época (RDPCr), n° 12, 2003, pp. 63 y ss., 65.

¹⁰ Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), Inmigración, en el propio título de su estudio, p. 17; también p. 19.

¹¹ Laurenzo Copello, RDPCr, n° 12, 2003, p. 66.

¹² Que en el caso del delito del art. 318 bis CP se basan principalmente en la búsqueda de una particular interpretación del bien jurídico protegido que permita delimitar correctamente la aplicación del delito (cfr. infra II.4.a) y en el caso de la institución de la expulsión se centran en subrayar la necesidad de hacer uso del arbitrio judicial previsto en la regulación original del CP 1995 para llevar a cabo una individualización de la aplicación de la expulsión en función de las circunstancias personales del sujeto infractor; en la STS 901/2004 (8.7.2004) se insiste ahora en tal interpretación conservadora de la norma incluso contra la letra de la Ley de la LO 11/2003, en clave de “interpretación constitucional” (cfr. infra III.3.C) y nota 112).

¹³ Rechtsphilosophie, 8ª edición (ed. a cargo de Wolf y Schneider), 1973, p. 207 (§ 15, 3).

Coincidiendo materialmente con la línea maestra de la valoración político-criminal implícita en esos esfuerzos teóricos llevados a cabo por la doctrina, aquí se propone -sobre todo, ante la nueva regulación introducida en la LO 11/2003- una tesis parcialmente divergente: desde el punto de vista aquí adoptado, la regulación jurídico-penal en la materia *no* es internamente contradictoria, sino que, por el contrario, resulta armónica si se toma como punto de referencia no los objetivos invocados por el legislador y los agentes políticos que conforman las mayorías de éste, sino la agenda real oculta bajo aquellas declaraciones expresas¹⁴. Dicho de otro modo: la regulación es perfectamente funcional desde la perspectiva de un “Derecho penal” del enemigo (o, si se prefiere, de un Derecho penal estructuralmente ilegítimo). Las paradojas o aporías detectadas son sólo aparentes porque desaparecen si se tiene presente la línea directriz relativa a la reafirmación colectiva de los excluyentes mediante la exclusión¹⁵. Así pues, si la doctrina mayoritaria afirma *no entender* la regulación, aquí se dirá que el problema es precisamente que se la *entiende demasiado*. No se descubre aquí, claro está, ningún Mediterráneo, pues éste está ya cartografiado por los autores que se han ocupado hasta el momento de la materia. Se insiste en las dimensiones de ese mar para demostrar que no se puede vadear con dogmática.

¹⁴ Aunque este factor -lo que podría llamarse mendacidad política- no es el elemento decisivo para la valoración de la legislación penal española, como se verá. En cierto sentido, puede afirmarse que en el sector de regulación -el Derecho penal del enemigo- en el que aquí se va a proponer ubicar el delito del art. 318 bis CP y la expulsión del art. 89 CP, está “resuelta” la discusión, mantenida en torno al concepto de Derecho penal simbólico, respecto de si el criterio decisivo para valorarlo es la mendacidad (desajuste entre fines proclamados y “agenda oculta”) o, por el contrario, la ilegitimidad de los efectos de la pena producidos (cfr. sólo Díez Ripollés, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en Actualidad Penal (AP), 2001-1, pp. 1 y ss., 14 y ss., con ulteriores referencias; otro punto de vista en Díaz Pita/Faraldo Cabana, “La utilización simbólica del derecho penal en la reforma del Código Penal de 1995”, en Revista de Derecho y Proceso Penal (RDPP), nº 7, 2002, pp. 119 y ss., 125 y ss.): pues aquí, como se intentará mostrar, se dan ambas características.

¹⁵ El concepto inclusión/exclusión adquiere, según parece, cada vez mayor relevancia teórica para las ciencias sociales: “¿Se está convirtiendo el binomio inclusión/exclusión en el metacódigo del siglo XXI, que mediatiza todos los demás códigos, socavando, sin embargo, simultáneamente la propia diferenciación funcional, y dominando con el potencial explosivo de la exclusión de grupos de población enteros otros problemas socio-políticos?” (así Teubner, en este libro, texto previo a nota 4); cfr. sobre la cuestión, desde la perspectiva de la teoría social de sistemas, Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 2ª edición, 1997, pp. 582 y ss., formulando la tesis de que la diferenciación moderna entre inclusión y exclusión es estructuralmente más profunda que la diferenciación en clases sociales (pp. 582 y s. con nota 64); desde la perspectiva de la criminología, cfr. Young, *La sociedad “excluyente”*. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía, 2003, *passim* (subrayando la especial importancia que corresponde a la cuestión criminal en los mecanismos sociales de exclusión: “...la imputación de criminalidad sobre el otro desviado es parte necesaria de la exclusión” [p. 178]), y la presentación de Bergalli, “El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social”, *ibidem*.

1.- Tráfico ilegal de personas e inmigración ilegal (art. 318 bis CP).

1.1.- Introducción.

Uno de los aspectos de la inmigración que más repercusión ha tenido en el ámbito del Derecho penal y que ha merecido una respuesta formalmente específica por parte de nuestro legislador es, como se ha señalado, el que se refiere a la propia *actividad migratoria*; más concretamente, a la forma en la que llegan los inmigrantes. Desde un punto de vista político-criminal, la especial importancia que tiene esta actividad migratoria puede estar relacionada con diversos factores: en primer lugar, con la explotación a la que suelen verse sometidos los inmigrantes que desean desesperadamente entrar y permanecer en España; en segundo lugar, con los riesgos que corren los inmigrantes cuando intentan atravesar nuestras fronteras de manera clandestina y, en tercer lugar, con el interés en reforzar los límites establecidos en el plano administrativo para controlar la inmigración y evitar los problemas que ésta pueda generar en el actual modelo socioeconómico.

En el Código penal español existen, en este sentido, determinados delitos directamente relacionados con la entrada y permanencia de los inmigrantes en nuestro país. En los últimos años, estos delitos han cobrado cada vez mayor relevancia y han sido objeto de una serie de reformas encaminadas a lograr una regulación más ajustada al actual grado de desarrollo alcanzado por el fenómeno de la inmigración.

En lo que sigue, se realizará una valoración de la regulación que el Código penal ofrece actualmente de este tipo de delitos, así como de los planteamientos político-criminales que se encuentran detrás de dicha regulación. Para ello, en primer lugar, se hará un repaso de la evolución legislativa seguida en esta materia, explicando cómo han ido apareciendo los distintos delitos que guardan relación con la actividad migratoria (*infra* 2). Seguidamente, se procederá al análisis del alcance y contenido del delito recogido en el art. 318 bis CP (*infra* 3). A continuación, se entrará a valorar las principales tesis existentes acerca del bien jurídico protegido en el delito del art. 318 bis. 1 CP, llamando la atención sobre las aporías que se producen cuando se quiere identificar ese bien jurídico con los derechos o la dignidad de los ciudadanos extranjeros y poniendo de relieve la importancia que tiene el control de los flujos migratorios en la configuración de

este delito; destacando, en todo caso, los problemas que, tanto desde el punto de vista dogmático, como desde el punto de vista político-criminal, presenta la tipificación de las conductas favorecedoras de la inmigración ilegal (*infra* 4).

Las principales tesis que se irán exponiendo a lo largo de este apartado son las siguientes: a) la regulación de las conductas relacionadas con el tráfico de personas debe producirse de manera independiente de la regulación de las conductas que promueven o favorecen la inmigración ilegal o clandestina, ya que unas y otras atentan contra bienes o intereses diferentes; b) los principales problemas que se presentan en la regulación actual vienen determinados por el tratamiento conjunto e indiferenciado que se realiza de las conductas que favorecen el tráfico de personas y de las que favorecen la inmigración ilegal; c) el legislador español ha llevado a cabo una regulación aparentemente preocupada por la protección de las personas que llegan España, pero que, en realidad, responde principalmente al deseo de limitar o controlar los flujos migratorios.

1.2.- Evolución legislativa.

1.2.1.- La primera redacción del código penal de 1995 (la LO 10/1995).

En la primera redacción del Código penal de 1995 las únicas conductas delictivas relacionadas con el tránsito de personas de un país a otro aparecen recogidas en el art. 313. Dicho precepto, ubicado dentro del título XV del Libro II, relativo a los delitos contra los derechos de los trabajadores, castiga dos tipos de conductas: por una parte, promover o favorecer la *inmigración clandestina de trabajadores* a España (art. 313.1) y, por otra parte, determinar o favorecer la emigración de una persona a otro país simulando contrato o colocación (art. 313.2). En ambos casos, la pena prevista es de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. El precedente de este art. 313 CP se encuentra en el art. 499 bis. 3º del Código penal de 1973, que aparecía regulado en el capítulo dedicado a los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo. Ese art. 499 bis. 3º CP 1973 castigaba con pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 2.000.000 ptas. a quien traficara ilegalmente con mano de obra o interviniera en migraciones laborales fraudulentas.

Una de las principales diferencias que presenta el art. 313 CP 1995 con respecto al antiguo art. 499 bis 3º CP 1973 radica en la especial importancia que se

otorga al hecho de que la propia actividad migratoria sea ilegal. En efecto, si bien en el art. 499 bis. 3º CP 1973 lo determinante era el carácter ilícito o fraudulento de la conducta favorecedora de la entrada o salida del trabajador, en el actual art. 313.1 CP 1995, al hacerse referencia a la inmigración clandestina, se centra la atención en si la entrada o la residencia del extranjero es ilegal. La diferencia es clara tanto con respecto al art. 499 bis. 3º CP 1973, como con respecto al art. 313.2 CP 1995, pues en este último lo característico sigue siendo la conducta fraudulenta mediante la que se determina o favorece la emigración y no la ilicitud de la propia emigración¹⁶.

Así pues, con la primera redacción del Código penal de 1995, la única conducta delictiva relacionada directamente con la inmigración es la conducta consistente en favorecer la inmigración clandestina de trabajadores, que aparece tipificada en el art. 313.1 CP. Este precepto, pese a dar más importancia a la inmigración ilegal que a la forma en la que se favorece la inmigración, no castiga todas las conductas que favorecen la inmigración ilegal, sino sólo las que favorecen la inmigración ilegal de *trabajadores*. Deja fuera de su ámbito de aplicación, por tanto, otras conductas relacionadas igualmente con la inmigración que podrían llegar a considerarse merecedoras de sanción penal. Es el caso de aquellas conductas que consisten en favorecer la entrada de extranjeros que o bien van a ser objeto de explotación sexual¹⁷, o bien, simplemente, no reúnen la condición de trabajador¹⁸.

¹⁶ Llama la atención sobre ello Garrido Pérez, en Rojo Torrecilla (coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, 1998, pp. 99 y ss., 101.

¹⁷ En el ámbito de la Unión Europea se iba poniendo de manifiesto efectivamente la preocupación por combatir este tipo de actividades. Vid., por ejemplo, la Acción Común 1997/154/JAI, de 24 de febrero, sobre la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (DO L nº 63, 4.3.1997). En el plano doctrinal, la necesidad de tipificar este tipo de actividades y adaptar la legislación española a las exigencias de la Unión Europea fue destacada por Díez Ripollés, "Trata de seres humanos y explotaciones sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española", *Revista penal (RP)*, nº 2, 1998, pp. 17 y ss, en especial, 21-22.

¹⁸ El interés por evitar cualquier tipo de inmigración ilegal se manifestaba también en distintas normas europeas. Vid., por ejemplo, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política de inmigración y derecho de asilo (DO C nº 269, 16.10.1995), la Recomendación del Consejo de 22.12.1995 sobre armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales (DO C nº 4, 10.1.1996), la Resolución del Parlamento Europeo de 13.3.1997 sobre inmigrantes clandestinos (DO C nº 115, 14.4.1997), la Acción Común 1998/244/JAI de 19 de marzo, sobre derecho de asilo (DO L nº 99, 19.1.1998) o la Decisión del Consejo de 27.10.1998 para la adopción de un plan de acción contra la inmigración ilegal (DO L nº 239, 22.9.2000).

1.2.2.- La LO 11/1999.

Con la LO 11/1999, de 30 de abril, se viene a dar respuesta al problema relacionado con la inexistencia de una tipificación expresa de los casos en que se favorece la entrada o residencia de extranjeros con fines de *explotación sexual*. Esta ley orgánica, que modifica el Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código penal, dedicado a los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores, introduce, en el segundo apartado del art. 188, un nuevo delito en el que se castiga con pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que “directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”. Como puede observarse, lo importante en este delito no es si la entrada o la permanencia se producen de manera ilegal, sino la forma en la que se favorecen esa entrada o permanencia: es necesario que haya mediado violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima.

1.2.3.- La LO 4/2000.

Posteriormente, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, parece cubrir la laguna de punibilidad que existía con respecto a los extranjeros que no son trabajadores, pues introduce un nuevo delito en el que se castiga con carácter general el *tráfico ilegal de personas*. Este delito aparece regulado en el art. 318 bis CP, dentro de un nuevo Título XV bis sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Dicho art. 318 bis CP, según la redacción dada por esa LO 4/2000, castiga con pena de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a quienes “promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España”. A partir de ahí, se recogen distintos subtipos agravados tanto para los casos en los que el tráfico se realiza con ánimo de lucro o mediando violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de necesidad (art. 318 bis 2: pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses), como para aquellos en los que se produce un riesgo para la vida o la salud de las personas (art. 318 bis 3: pena en su mitad superior) o en los que el autor pertenece a una asociación u organización dedicada a estas actividades (art. 318 bis 5: pena superior en grado).

La LO 4/2000 introduce igualmente una modificación en relación con el delito recogido en el art. 313.1 CP, dando lugar a una agravación de la pena, que deja de ser de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, para pasar a ser de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, de lo que resulta una mayor pena para el delito de inmigración clandestina de trabajadores del art. 313.1 CP que para el delito de tráfico ilegal de personas del art. 318 bis CP. Esta LO 4/2000 se caracteriza también por definir como infracción administrativa grave, en el art. 50 c) -hoy art. 54.1 b) debido a la reforma operada por LO 8/2000-, el hecho de “inducir, promover, 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”.

En todo caso, a los efectos que aquí importan, lo más significativo de la LO 4/2000 es que introduce, en el art. 318 bis CP, un nuevo delito de tráfico ilegal de personas. Desde un primer momento, la introducción de este delito ha sido valorada positivamente por parte de la doctrina, pues parecía acabar, efectivamente, con esa laguna que se podía apreciar en los casos en los que se favorece la entrada de ciudadanos extranjeros que no van a ser objeto de explotación laboral o sexual¹⁹.

1.2.4.- La LO 11/2003.

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, ha dado lugar a una última reforma en esta materia. Una de las modificaciones más importantes es la que se produce en la redacción del tipo básico del art. 318 bis, que ahora castiga “al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España”, estableciendo una pena de prisión de cuatro a ocho años. Así pues, por un lado, se amplía el alcance del tipo mediante una nueva definición de la conducta típica y, por otro lado, se aumenta la pena.

¹⁹ Cfr, por ejemplo, Rodríguez Mesa, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2001, p. 17; de León Villalba, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, 2003, p. 204; Pérez Cepeda, *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*, 2004., p. 155.

En cuanto a la conducta típica, ya no se trata de favorecer sólo el *tráfico ilegal*, sino también la *inmigración clandestina*, acabando así con las restricciones que pudieran derivarse de la interpretación del término “tráfico ilegal” y generando serios problemas de cara a la delimitación de este delito con el recogido en el art. 313.1 CP. Al mismo tiempo, se prevé la posibilidad de realizar la conducta *directa o indirectamente*, de lo que resulta una mayor amplitud del tipo.

Por lo que se refiere a la pena, ésta pasa de ser una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, a ser una pena de prisión de cuatro a ocho años, aumento que se ve relativizado únicamente por vía del apartado sexto de ese mismo art. 318 bis CP, que reconoce la posibilidad de reducir la pena en un grado atendiendo a las circunstancias del hecho, a las condiciones del culpable y a la finalidad perseguida. En los subtipos agravados aumenta también proporcionalmente la pena. Así ocurre, por un lado, para los casos en los que se realiza la conducta con ánimo de lucro, se emplea violencia, intimidación, engaño o abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima, la víctima es menor de edad o incapaz o se pone en peligro la vida o la salud de las personas (art. 318 bis 3, pena en su mitad superior) y, por otro lado, para los casos en los que el autor pertenece a una organización dedicada a tales actividades (art. 318 bis 5, pena superior en grado y, en su caso, inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio). Se prevé además la pena de inhabilitación absoluta cuando el autor realiza la conducta “prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público” (art. 318 bis 4).

Otro cambio importante operado por la LO 11/2003 es el que se refiere a la introducción de un subtipo agravado en el art. 318 bis 2 CP para los supuestos en los que se favorece el tráfico ilegal o la inmigración clandestina con fines de explotación sexual. Con la introducción de este subtipo agravado se produce a su vez una modificación del art. 188.2 CP, que deja de hacer referencia a la conducta consistente en favorecer la entrada, residencia o salida de una persona con fines de explotación sexual. Este tipo de conductas pasa a castigarse, únicamente, por vía del art. 318 bis 2 CP, aumentando, además, la pena que estaba prevista en el anterior art. 188.2, que deja de ser una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, para convertirse en una pena de prisión de cinco a diez años.

1.3.- Análisis del delito del art. 318 bis CP.

1.3.1.- La conducta típica.

a) Tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina.

A la hora de analizar la conducta típica del art. 318 bis CP, una de las primeras tareas es averiguar en qué consisten el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas.

En principio, el concepto de “inmigración clandestina” no presenta especiales dificultades. “Inmigrar” significa llegar a un país distinto del originario con objeto de establecerse en él. Cuando se hace clandestinamente es para eludir la ley, de manera que cabe entender que la inmigración clandestina consiste en entrar o permanecer en un país contraviniendo las normas establecidas. Dejando ahora al margen los supuestos menos frecuentes en los que se favorece la emigración desde España o en tránsito por España, puede decirse, por tanto, que el supuesto característico recogido en el art. 318 bis. 1 CP consiste en incitar o ayudar a un ciudadano extranjero a entrar o permanecer ilegalmente en España.

Más dificultades interpretativas presenta el concepto de “tráfico ilegal de personas”, pues no queda claro que deba coincidir necesariamente con el de “inmigración clandestina”. Si se atiende al sustantivo “tráfico”, puede equipararse sin problemas a la inmigración ilegal en tanto que la tercera acepción del diccionario de la Real Academia Española lo define como movimiento o tránsito de personas o mercancías²⁰. En cambio, si se parte del verbo “traficar”, esa equiparación no resulta tan sencilla, pues, con carácter general, “traficar” significa negociar o comerciar. Por lo demás, el verbo “traficar” suele tener una connotación negativa que lo relaciona con negocios o comercios de carácter ilícito. De hecho, la tercera acepción del verbo “traficar” que recoge el diccionario

²⁰ Cfr., en este sentido, Rodríguez Montañés, “Ley de Extranjería y Derecho Penal”, La Ley, nº 5261, de 6 de marzo de 2001, 2001-2, pp. 1736 y ss., 1738; Berber Burusco, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Luzón Peña (dir.), Enciclopedia Penal Básica, 2002, pp. 448 y ss., 450; Palomo Del Arco, “Criminalidad organizada e inmigración ilegal”, en Granados Pérez (dir.), La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos, CGPJ, 2001, pp. 171 y ss., 173. Ésta es también la forma en la que han interpretado los tribunales el término tráfico; cfr., entre otras, SAP Málaga (secc. 7ª), 30-03-2004, SAP Las Palmas (secc. 2ª) 22.03.2004, SAP Málaga (secc. 7ª) 26.02.2004, SAP Málaga (secc. 7ª) 31.12.2003.

de la Real Academia Española es “hacer negocios no lícitos”. En cualquier caso, el propio art. 318 bis 1 CP especifica que ha de tratarse de un tráfico *ilegal*. Desde este punto de vista, el tráfico ilegal de personas vendría a ser una comercialización ilegal de personas.

Por otra parte, dado que el art. 318 bis se incluye en el Título XV bis del Libro II del Código penal, sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, y dado que se exige que el tráfico ilegal se realice desde, en tránsito o con destino a España, puede entenderse que el tráfico ilegal de personas al que hace referencia este delito recae sobre ciudadanos extranjeros y tiene un carácter transfronterizo. Prescindiendo nuevamente del análisis de los supuestos en los que se realiza la conducta desde España o en tránsito por España, cabe afirmar que el supuesto más característico consiste, por tanto, en favorecer o bien el tránsito ilegal de extranjeros o bien el comercio ilegal de extranjeros trayéndolos a España

Si el tráfico ilegal de personas se entiende como comercialización ilegal de personas, no es posible identificarlo con la “inmigración ilegal”, pues esa comercialización no exige necesariamente que la entrada o la residencia del extranjero sea ilegal. Lo importante es que se convierta al inmigrante en un objeto del comercio, es decir, en una mercancía. El calificativo ilegal podría verse, por tanto, como un simple pleonismo en la medida en que se reconozca que toda comercialización de personas resulta ilegal²¹.

Así pues, existen, en realidad, dos interpretaciones posibles acerca de lo que significa el “tráfico ilegal de personas”. Una primera pasa por considerar que está relacionado con el traspaso ilegal de las fronteras, lo que supondría o bien que no puede hablarse de tráfico de personas cuando se realiza dentro de las fronteras de un mismo país o entre países que tienen abiertas sus fronteras, o bien que, en tales casos, el comercio o tráfico de personas no resulta jurídico-

²¹ Reconoce también que el tráfico de personas es siempre ilegal y que la matización resulta, por tanto, innecesaria, Aránguez Sánchez, “Reformas introducidas en el Código penal por la LO 4/2000 (Disposiciones finales primera, segunda y tercera)”, en Moya Escudero (coord.), Comentarios sistemáticos a la ley de extranjería, 2001, p. 911 y ss., p. 913. Señala además este autor que es criticable que se utilice la expresión “tráfico de personas” porque ello hace referencia principalmente a la cosificación del inmigrante que se produce cuando se le convierte en una mercancía y no tanto a la entrada o residencia ilegal, que es lo que realmente castiga el art. 318 bis CP.

penalmente relevante. La otra opción supone entender que el tráfico ilegal de personas consiste, simplemente, en comerciar con personas, y existiría, por tanto, desde el momento en que la persona se convierte en una mercancía. Si lo determinante a ese respecto no es el carácter ilegal de la entrada o la permanencia en un país, se podrá afirmar que el tráfico ilegal de personas y la inmigración ilegal o clandestina de personas aluden a realidades distintas.

Sin embargo, para comprender mejor el concepto de “tráfico ilegal de personas” y poder diferenciarlo, en su caso, del concepto de “inmigración ilegal” o “inmigración clandestina”, resulta conveniente tener en cuenta las normas de carácter internacional que se refieren al tráfico ilegal de personas. Dentro de esas normas destacan dos Protocolos que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en Palermo en el año 2000. Se trata, concretamente, del “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire” y el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños”. El primero de esos Protocolos, relativo al “tráfico ilícito de migrantes”, declara su propósito de contribuir a prevenir y combatir este tipo de prácticas, pidiendo a los Estados que las tipifiquen como delitos. La conducta consiste, según define el propio Protocolo en el art. 3, en “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”. El segundo de esos Protocolos se refiere a la “trata de personas”, pidiendo igualmente a los Estados su expresa tipificación como conducta delictiva. En el art. 3 se define la trata de personas como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude o al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. Se indica a continuación que el consentimiento de la víctima no se tendrá en cuenta si se ha recurrido a cualquiera de los medios antes enunciados.

Nótese que en un caso se exige la entrada ilegal de la persona y en otro se exige que la entrada se realice con fines de explotación y mediando violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima.

Atendiendo a estos Protocolos, da la impresión de que el “tráfico ilegal de personas” está estrechamente relacionado con la “inmigración ilegal”, pues se indica que el “tráfico ilegal de emigrantes” supone favorecer la entrada ilegal de una persona en un determinado Estado. Sin embargo, llama la atención el hecho de que en la versión en inglés de estos Protocolos se utilicen, en realidad, las expresiones “*smuggling of migrants*” (contrabando de emigrantes), en el caso del Protocolo sobre tráfico ilegal de migrantes, y “*trafficking in persons*” (tráfico de personas), en el caso del Protocolo sobre trata de personas. Eso significa que mientras que en la versión en inglés se establece una diferencia entre “tráfico” y “contrabando” de inmigrantes, en la versión en español el “tráfico” se equipara plenamente al “contrabando” de inmigrantes, es decir, al hecho de favorecer la entrada ilegal de los inmigrantes, introduciendo un término distinto, como es la “trata” de personas, para definir los casos en los que no se exige que la entrada sea ilegal, que se corresponde con lo que en inglés se denomina “*trafficking*”²².

Esto mismo se aprecia en otras normas europeas en las que, tomando como referencia esos Protocolos de las Naciones Unidas, se distingue también entre “trata de seres humanos” y “tráfico ilícito de seres humanos” -o entre “*trafficking of human beings*” y “*smuggling of human beings*”, en las versiones en inglés-. Así, por ejemplo, el Consejo de la Unión Europea, en una Comunicación de 14 de junio de 2002, en la que presenta una “Propuesta de Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea”²³, explica que si bien las expresiones “tráfico ilícito” y “trata” suelen utilizarse como sinónimas, presentan sustanciales diferencias. En esta Comunicación, el Consejo señala que es necesario tener en cuenta las definiciones de los Protocolos que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, afirmando expresamente que tales definiciones “dejan claro que el tráfico va unido a la ayuda para el cruce de fronteras y la entrada

²² Critica este “galimatías terminológico” Olivares de Julián, “El tráfico de migrantes y la trata de personas. Problemas e intentos de solución”, en *Anales de Derecho*, Colección Huarte de San Juan, Universidad Pública de Navarra, nº 3, 2002, p. 141.

²³ DO C nº 142, 14.6.2002.

ilegales. El tráfico, por lo tanto, siempre tiene un elemento transnacional. Éste no es necesariamente el caso de la trata, cuyo elemento fundamental es el propósito de explotación. La trata implica la intención de explotar a una persona, independientemente de cómo llega la víctima al lugar de la explotación”. Recuerda también el Consejo que “por lo que se refiere al problema del tráfico ilícito de emigrantes, el artículo 27 del Convenio de ejecución de Schengen requiere «establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando la legislación de dicha Parte contratante sobre entrada y estancia de extranjeros»”.

La “trata de personas” -lo que en inglés se denomina “*trafficking in persons*” o “*trafficking of human beings*”- vendría a ser, por tanto, un supuesto especial de “tráfico ilegal de personas” en el que lo determinante no es la entrada o la residencia ilegal, sino la forma en la que se favorece el tránsito de la persona. En la medida en que se exige que la conducta se realice mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima, se pone de manifiesto que entre la persona que favorece el tránsito y la persona que es objeto del mismo debe darse una clara situación de desigualdad. Esa situación es la que, en última instancia, permite ver a la persona que entra en el país como un objeto de tráfico o de comercio, es decir, como una mera mercancía. El propósito de explotación puede ser, ciertamente, un elemento fundamental en este tipo de conductas, pero la principal diferencia con respecto al tráfico ilegal de inmigrantes se encuentra en el hecho de que se centre la atención no en el carácter ilegal de la entrada o la residencia, sino en la forma en la que se favorecen esa entrada o esa residencia. Si se favorece la entrada de una persona en un determinado Estado con la intención de explotarla, pero no media violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad, no habrá propiamente “trata de personas”. Es cierto que lo normal es que se empleen esos medios para llevar a cabo la explotación u obtener algún beneficio de carácter económico, pero la cosificación del inmigrante, que es lo más grave de su mercantilización, viene determinada, en todo caso, por la forma de favorecer el tránsito y no por esa finalidad de explotación. Quienes critican esta interpretación advirtiendo del riesgo que supone tener en cuenta el consentimiento del inmigrante en los casos de tráfico de personas, olvidan que ese consentimiento puede dejar

de considerarse tal no sólo cuando hay violencia o intimidación, sino también cuando hay engaño o abuso de una situación de especial vulnerabilidad de la víctima²⁴.

Los conceptos de “tráfico ilegal de migrantes” y “trata de personas” se corresponden, por tanto, con las dos posibles interpretaciones que cabe hacer del tráfico ilegal de personas: una basada en la entrada o residencia ilegal y otra en la cosificación de la persona que es objeto del tránsito.

En cualquier caso, en atención a los textos internacionales que existen en esta materia y a la influencia que tales textos han tenido en las reformas introducidas en nuestro Código penal, parece razonable pensar que el concepto de “tráfico ilegal de personas” que se utiliza en el art. 318 bis CP es aquél que implica un traspaso ilegal de las fronteras y que, por tanto, no difiere del concepto de “inmigración ilegal” o “inmigración clandestina”. Hay que tener en cuenta, además, que si el “tráfico ilegal de personas” al que hace referencia el art. 318 bis CP no estuviera relacionado con el traspaso ilegal de las fronteras o con la residencia ilegal, tendría que llevar implícito el empleo de violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima, pues, de lo contrario, consistiría simplemente en favorecer la entrada de una persona en nuestro país, lo que no representa una conducta que, por sí misma, pueda tener relevancia jurídico-penal. No obstante, el art. 318 bis CP hace referencia al empleo de violencia, intimidación, engaño o abuso de la situación de vulnerabilidad dentro del apartado tercero, cuando define uno de los subtipos agravados, lo que permite entender *sensu contrario* que en el tipo básico no se exige la concurrencia de

²⁴ De otra opinión Pérez Cepeda, Globalización, p. 29, quien, siguiendo lo indicado por el Protocolo de las Naciones Unidas, considera que la diferencia entre la trata de seres humanos y la conducta favorecedora de la inmigración ilegal no se encuentra en la voluntad del inmigrante, sino en la finalidad de explotación. En un sentido parecido se pronuncia también de León Villalba, Tráfico de personas e inmigración ilegal, pp. 56-57, quien critica que el consentimiento pueda ser decisivo para diferenciar ambas figuras porque ello “puede llevar al traste cualquier medida contra el tráfico, favoreciendo la utilización del mismo por los traficantes como protección para su incriminación”, por lo que defiende establecer la diferencia en atención, no ya al ánimo de lucro, sino a la explotación que se produce sobre el inmigrante. Destaca, en cambio, la importancia del consentimiento para determinar la cosificación del inmigrante y la existencia del tráfico Maqueda Abreu, “¿Cuál es el bien jurídico protegido en el artículo 318 bis. 2? Las sinrazones de una reforma”, en RDPP, nº 11, 2004, pp. 39 y ss., 40-41. Según el “Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros”, en CGPJ, Estudios, informes y dictámenes. Informes del Consejo General del Poder Judicial sobre las Reformas Penales, Madrid, 2003 (CGPJ, Informes), p. 146, la diferencia estriba en que el tráfico ilegal “se diseña legalmente como un delito de medios determinados”, pero no aclara cuáles son esos medios.

ninguno de estos elementos, y sin tales elementos resulta difícil comprender qué es lo que caracteriza al tráfico ilegal de personas²⁵.

Así pues, si bien en un plano teórico podrían llegar a diferenciarse claramente los conceptos de “tráfico ilegal de personas” e “inmigración ilegal” o “inmigración clandestina de personas”, todo hace pensar que, en la práctica, nuestro legislador ha optado por equiparar ambos conceptos.

Lo único que tendría un carácter independiente frente al “tráfico ilegal”, la “inmigración ilegal”, la “inmigración clandestina” o el “contrabando de inmigrantes”, sería, por tanto, la “trata de personas”, y esa conducta, concretamente, no aparece tipificada en nuestro actual Código penal. Antes de la última reforma existía, en el art. 188.2 CP un delito de trata de personas con fines de explotación sexual, pero actualmente, en el art. 318 bis CP lo que encontramos es algo más bien de carácter híbrido: en el tipo básico se centra la atención en el tráfico o inmigración ilegal y en los subtipos agravados se introducen elementos característicos de la trata de personas. Se produce así una curiosa paradoja, pues sólo se castiga a quien favorece la entrada o la estancia de una persona mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de superioridad cuando la entrada o la estancia tienen carácter ilegal y, de esa forma, se reduce, en realidad, el ámbito de aplicación que en teoría correspondería al delito de trata de personas.

b) El aspecto subjetivo (ánimo de lucro).

En cuanto al aspecto subjetivo, hay que indicar que, en virtud del art. 12 CP la conducta típica definida en el tipo básico del art. 318 bis 1 CP ha de realizarse de manera dolosa, pues no existe una tipificación expresa de la modalidad imprudente. No se exige, sin embargo, un ánimo especial como puede ser el ánimo de lucro. En este punto, 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. No puede decirse que el ánimo de lucro vaya implícito en los conceptos de “tráfico ilegal de personas” o “inmigración clandestina”,

²⁵ Cfr., en este mismo sentido, de León Villalba, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, p. 241, quien reconoce igualmente que, prescindiendo de los elementos que conforman los tipos agravados, la conducta no guarda relación con el tráfico de personas, sino sólo con la inmigración ilegal.

porque aparece mencionado expresamente en el apartado tercero del art. 318 bis CP como uno de los elementos que dan lugar a la aplicación de un subtipo agravado. En los casos en que no concurre el ánimo de lucro en la persona que favorece el tráfico ilegal o la inmigración clandestina cabe la posibilidad de aplicar el subtipo atenuado previsto en el aparte sexto del art. 318 bis CP, en el que se permite atender a la finalidad perseguida por el autor para reducir la pena en un grado, pero si ello se generalizara el tipo básico del art. 318 bis. 1 CP quedaría sin aplicación práctica y sólo serviría para definir la conducta de referencia.

c) Consentimiento.

En la conducta típica definida en el art. 318 bis CP, el consentimiento de la persona que llega a España resulta completamente irrelevante. De hecho, es difícil que pueda aplicarse el art. 318 bis 1 CP si no existe ese consentimiento, pues cuando no media el consentimiento es o bien porque la persona es incapaz o menor de edad, o bien porque se ha empleado violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima, y en tales casos corresponde aplicar el subtipo agravado del art. 318 bis 3 CP.

d) “Promover, favorecer o facilitar” “directa o indirectamente”.

En la definición de la conducta típica se utilizan las expresiones “promover, favorecer o facilitar” y “directa o indirectamente”. Con tales expresiones se da lugar a una redacción de la conducta típica que, por una parte, plantea serios problemas para identificar distintas formas de participación y distintos grados de ejecución y, por otra parte, permite considerar incluidas en el tipo una gran variedad de conductas.

En cuanto a las formas de participación, resulta francamente difícil establecer alguna diferencia cualitativa entre autores y partícipes, pues el verbo típico se caracteriza por ser sumamente abierto. En principio, podría pensarse que, tal y como reconoce el Tribunal Supremo con relación a otros delitos que definen la conducta típica empleando los verbos “promover”, “favorecer” o “facilitar”, como, por ejemplo, el delito de tráfico de estupefacientes del art. 368 CP, a pesar de la amplitud del tipo y de lo difícil que resulta en ese sentido apreciar la complicidad

en el delito, no cabe negar por completo esa posibilidad²⁶. Sin embargo, no debe olvidarse que, tras la reforma introducida por la LO 11/2003, el art. 318 bis CP recoge, además, la expresión “directa o indirectamente”, y ello dificulta aun más la diferenciación, ya que, en todo caso, aunque se llegara a reconocer la existencia de partícipes respecto a la conducta de “promover”, “favorecer” o “facilitar”, siempre cabe entender que éstos realizan esa misma conducta al menos “indirectamente”. Da la impresión, por tanto, de que, en el art. 318 bis 1 CP, el legislador, con la última reforma, ha optado por establecer un concepto unitario de autor²⁷.

Por lo que se refiere a los diferentes grados de ejecución, hay que destacar que los verbos “promover”, “favorecer” y “facilitar” permiten definir el delito del art. 318 bis CP como un delito de mera actividad y de consumación anticipada en el que no es necesario que llegue a producirse efectivamente la entrada o residencia ilegal del inmigrante. Desde el momento en que se promueve, favorece o facilita el tráfico o la inmigración ilegal, el delito queda consumado. Este delito no implica, por tanto, la producción de un determinado hecho o una determinada situación, y, en ese sentido, es complicado que llegue a realizarse en grado de tentativa. Hay que tener en cuenta, además, que el verbo “promover” implica iniciar un proceso, de modo que lo normal es que todo lo que no sea meramente un acto preparatorio suponga la plena realización del delito²⁸.

²⁶ Cfr., por ejemplo, STS 591/2003 de 15 de abril.

²⁷ Cfr., en un sentido parecido, incluso antes de la última reforma, Aránguez Sánchez, en Moya Escudero (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, p. 922; Palomo del Arco, en Granados Pérez, *La criminalidad organizada*, p. 180; Barber Burusco, en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia penal básica*, pp. 450 y 452; Rodríguez Mesa, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, p. 85; de León Villalba, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, p. 258, quien, sin embargo, considera necesario establecer diferencias a la hora de determinar la pena. Cfr., también, Lorenzo Copello, *RDPCr*, n° 12, 2003, pp. 78-79; Pérez Cepeda, *Globalización*, p. 210. Esta es también la tesis que defiende el CGPJ, *Informes*, pp. 145-146. Con respecto al art. 313.1 CP, cfr., también, Sequeros Sazatornil, “El marco penal de la inmigración”, en *AP*, 2000-3, pp. 843 y ss., 852; y SAP Girona (secc. 3ª) 15.10.1998, criticada por Terradillos Basoco, “Migraciones ilegales”, en *Revista de Derecho Social (RDS)*, n° 4, octubre-diciembre, 1998, pp. 191 y ss., pp. 193-194. Reconocen, en cambio, la posibilidad de distinguir entre autores y partícipes Rodríguez Montañés, *La Ley*, 2001-2, p. 1740; Conde-Pumpido Tourón, “Delitos contra los derechos de los extranjeros”, en Martín Pallín (dir.), *Extranjeros y Derecho penal*, CGPJ, 2004, pp. 283 y ss., 305.

²⁸ Así lo entienden también Aránguez Sánchez, en Moya Escudero (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, p. 922; Rodríguez Montañés, *La Ley*, 2001-2, p. 1740, quien, no obstante, destaca la necesidad de restringir el ámbito de aplicación excluyendo las conductas que sólo constituyan actos preparatorios; Palomo del Arco, en Granados Pérez, *La criminalidad organizada*, p. 180; Barber Burusco, en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia penal básica*, pp. 450 y 452. Cfr. también, SAP Málaga (secc. 2ª) 8.10.2002 y, con respecto al art. 313.1 CP, SAP Girona (secc. 3ª) 15.10.1998, sometida a crítica por

Por otra parte, dado que se trata, simplemente, de promover, favorecer o facilitar, directa o indirectamente, la inmigración ilegal, son muchas las conductas que pueden acabar resultando típicas²⁹. Al fin y al cabo, la conducta consiste en contribuir de algún modo a la inmigración ilegal. En este punto, conviene tener en cuenta que la inmigración no se caracteriza, únicamente, por la entrada en el país, sino también por la permanencia en el mismo, por lo que cabe pensar que también favorece la inmigración ilegal quien ayuda a un extranjero a permanecer en el país cuando no tiene regularizada su situación³⁰. Así pues, si no se restringe de alguna forma el ámbito de aplicación de este delito, pueden llegar a considerarse típicas una gran variedad de conductas, incluyendo, por ejemplo, la de quien entrega a un vehículo a un amigo para que entre ilegalmente en España o la de quien acoge en su casa a un inmigrante que ha entrado ilegalmente a España o que, habiendo entrado legalmente, ha dejado de tener regularizada su situación.

1.3.2.- La interpretación de los tribunales.

Los tribunales españoles han realizado una interpretación de la conducta típica semejante a la expuesta en los apartados anteriores: han equiparado el concepto de tráfico ilegal con el de inmigración ilegal o clandestina y, a partir de ahí, no han exigido ningún otro elemento que pudiera servir para limitar la aplicación del art. 318 bis CP. Aunque es posible encontrar alguna sentencia en la que se ha optado por una interpretación más restrictiva³¹, lo cierto es que, por lo general, se ha aplicado este precepto en todos los casos en los que, de alguna forma, se ha favorecido la entrada ilegal de un extranjero.

Terradillos Basoco, RDS, nº 4, octubre-diciembre, 1998, pp. 193-194. Con respecto al delito de tráfico de drogas recogido en el art. 368 CP, el Tribunal Supremo, si bien no niega la posibilidad de castigar por tentativa, dice adoptar un criterio restrictivo porque, además de tratarse de un delito de mera actividad, “es difícil que cualquier acción dirigida a acercar las sustancias estupefacientes al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos nucleares de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal”. Así, STS 1553/2002 de 29 de septiembre. Admiten claramente la posibilidad de castigar por tentativa Lorenzo Copello, RDPCr, nº 12, 2003, p. 79; Conde-Pumpido Tourón, en Martín Pallín (dir.), Extranjeros y Derecho penal, p. 305; Pérez Cepeda, Globalización, p. 207, exigiendo para la consumación el efectivo movimiento de inmigrantes.

²⁹ Lo destaca Barber Burusco, en Luzón Peña (dir.), Enciclopedia penal básica, p. 450, indicando que la “imprecisión del tipo es enorme pudiendo abarcar conductas muy diversas y también de muy distinta gravedad”.

³⁰ Rechaza esta opción Sequeros Sazatornil, AP, 2000-3, p. 853.

³¹ Cfr., en este sentido, SAP Málaga (secc. 7ª) 26.06.2002 y SAP Barcelona (secc. 5ª) 05.01.2004.

Donde, en principio, sí cabe apreciar alguna limitación es en los casos en los que no se favorece la entrada ilegal, sino sólo la permanencia o estancia ilegal; es decir, cuando se ayuda a extranjeros que han entrado ilegalmente en España dándoles trabajo, acogiéndolos en una vivienda o facilitándoles el traslado. En estos casos, los tribunales no siguen un criterio uniforme: unas veces aplican el art. 318 bis CP y otras veces no. Así, por ejemplo, se ha condenado a un taxista que acudía a una zona en la que solían encontrarse inmigrantes que acababan de entrar ilegalmente en España para trasladarlos después de solicitarles grandes cantidades de dinero³²; también a un sujeto que, a cambio de dinero, acogió en su casa a un grupo de inmigrantes que habían llegado a España ilegalmente³³ o a unas personas que se dedicaban a dar cobijo en su casa a inmigrantes que entraban ilegalmente en España con la intención de facilitarles su permanencia o su posterior traslado a otro país³⁴. En cambio, se ha absuelto a unas personas que, después de acoger a una mujer que había entrado ilegalmente en España, la contrataron para que trabajara en su casa, afirmándose en la sentencia que no se cumplía el tipo del art. 318 bis CP porque no se había favorecido la entrada ilegal³⁵. Por otra parte, en los casos en los que alguien va en busca de inmigrantes que acaban de entrar ilegalmente en España, los traslada y, posteriormente, los encierra exigiendo un dinero para su liberación, unas veces se aplica el art. 318 bis CP y se castiga por favorecer la inmigración ilegal³⁶ y otras veces sólo se castiga por el secuestro, indicándose que para castigar por el art. 318 bis CP es necesario que se favorezca la entrada ilegal³⁷.

Salvo en este aspecto, los tribunales han interpretado la conducta típica del art. 318 bis CP de una manera bastante amplia y han considerado suficiente el hecho de favorecer de alguna manera la inmigración ilegal.

1.3.3.- Penalidad.

Tras la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, la pena prevista para el delito recogido en el art. 318 bis CP ha aumentado de manera

³² SAP Cádiz (secc. 7ª) 12.12.2001. En sentido parecido, SAP Málaga (secc. 7ª) 30.07.2004.

³³ SAP Cádiz (secc. 7ª) 25.4.2002.

³⁴ SAP Murcia (secc. 2ª) 13.03.2004; SAP Málaga (secc. 7ª) 31.12.2003.

³⁵ SAP Málaga (secc. 7ª) 04.03.2004.

³⁶ STS 1207/2003 de 17 de septiembre, SAP Málaga (secc. 2ª) 13.11.2003, SAP Almería (secc. 3ª) 27.6.2003.

³⁷ SAP Almería (secc. 1ª) 28.4.2003; SAP Almería (secc. 1ª) 15.1.2002 y, con respecto al art. 313.1 CP, STS 739/2003 de 14 de mayo.

bastante considerable. Se ha pasado de una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a una pena de prisión de cuatro a ocho años, pudiendo reducirse en un grado por vía del apartado sexto. Este aumento de la pena contrasta con la gran amplitud que caracteriza a la conducta típica y con la dificultad existente a la hora de identificar formas menores de participación o de ejecución como la complicidad o la tentativa³⁸.

Hay que tener presente, además, que esa pena de cuatro a ocho años de prisión -o de dos a ocho años, en virtud del apartado sexto- se prevé para los casos en los que el autor no actúa por ánimo de lucro, no pertenece a ninguna organización dedicada a estas actividades, no pone en peligro la vida o la salud del extranjero e, incluso, cuenta con el consentimiento de éste -en la medida en que el extranjero no es menor o incapaz y el autor no realiza la conducta mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima-

Resulta así que conductas consistentes, por ejemplo, en entregar a un amigo algún dinero, alguna información o algún medio de transporte para entrar ilegalmente en España o en acoger a un inmigrante recién llegado a España por cauces distintos a los legalmente establecidos, podrían acabar siendo castigadas con una pena mínima de dos años de prisión (y eso en caso de reducirse la pena en virtud del apartado sexto). De hecho, repasando las sentencias dictadas en los últimos meses, pueden encontrarse casos tan llamativos como el del sujeto que se dispone a cruzar la frontera llevando oculto en su vehículo a un familiar que no tiene permitido entrar en España (dos años de prisión)³⁹, el del hombre y la mujer que intentan atravesar la frontera ocultando a un joven que habían encontrado en el camino y que no tiene los documentos necesarios para pasar a España (dos años de prisión a cada uno)⁴⁰, el del funcionario de policía que intenta atravesar la frontera con su vehículo acompañado de un joven marroquí que es hermano de la mujer con la que tenía pensado casarse y que no cumple con los requisitos necesarios para entrar en España (tres años de prisión e

³⁸ Cfr. Palomo del Arco, en Granados Pérez, *La criminalidad organizada*, p. 182; Berber Burusco, en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia penal básica*, p. 451, criticando expresamente, antes de la última reforma, que para algunas de las conductas que podrían quedar incluidas en el tipo las consecuencias jurídicas serían desproporcionadas.

³⁹ SAP Málaga (secc. 7ª) 30.03.2004.

⁴⁰ SAP Málaga (secc. 7ª) 26.02.2004.

inhabilitación especial para empleo o cargo público)⁴¹, el del hombre que facilita a una ciudadana marroquí un pasaporte falso para que pueda viajar a Alemania y reunirse con su hijo (dos años de prisión)⁴² o, incluso, el de la mujer que intenta cruzar la frontera acompañada de su marido cuando éste no dispone de los documentos necesarios para ello (siete meses de prisión, aplicando el art. 318 bis anterior a la última reforma; hoy la pena no podría bajar de dos años de prisión)⁴³.

En los subtipos agravados llama también la atención la gravedad de las penas, pues de acuerdo con el apartado tercero del art. 318 bis, la pena de prisión de cuatro a ocho años se debe imponer en su mitad superior si la conducta se realiza con ánimo de lucro, se emplea violencia, intimidación, engaño o abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima, la víctima es menor o incapaz o se pone en peligro la vida o la integridad de las personas. Ello obligaría a imponer una pena mínima de seis años de prisión -o de tres años de prisión, aplicando el apartado sexto- en una serie de casos en los que cabe poner en duda el motivo de la agravación. Piénsese en los casos, por ejemplo, en los que se ayuda a entrar en España a un amigo o familiar que resulta ser menor de edad o incapaz, en los que se pone en peligro a una persona -encerrándola, por ejemplo, en el maletero de un vehículo- cuando esa persona no se encuentra en una situación especialmente desesperada y asume el riesgo de manera libre y consciente, o en los que se favorece la inmigración con un ánimo de lucro que se refleja, simplemente, en un acuerdo económico con el extranjero celebrado libremente en una situación no especialmente desigual -como, por ejemplo, en el caso de quien, a cambio de dinero, da alojamiento en su casa a unos inmigrantes que han entrado ilegalmente en España.

Hasta cierto punto, la gravedad de las penas prevista para las modalidades delictivas recogidas en el art. 318 bis CP es acorde con el especial interés que, sobre todo en los últimos años, ha mostrado la Unión Europea en combatir la inmigración ilegal. De un tiempo a esta parte, efectivamente, la Unión Europea ha hecho especial hincapié en la necesidad de frenar la inmigración ilegal, abogando por la tipificación de todas aquellas conductas que de algún modo la

⁴¹ SAP Cádiz (secc. 6ª) 09.12.2003.

⁴² SAP Málaga (secc. 7ª) 13.07.2004.

⁴³ SAP Málaga (secc. 7ª) 12.02.2003.

favorezcan, incluidas las que se realizan sin ningún ánimo de lucro. Entre esas normas destaca la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre⁴⁴, que “define la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares”. En su art. 1, esta Directiva insta a los Estados a adoptar sanciones adecuadas contra quienes ayuden intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate; dejando expresamente, sin embargo, a la decisión de cada Estado si debe sancionarse tal conducta en los casos en que no se realiza con ánimo de lucro. Esta Directiva va acompañada de la Decisión 2002/946/JAI, de 28 de noviembre⁴⁵, que “refuerza el marco penal para la represión a la entrada a la circulación y a la estancia irregulares” y cuyo art. 1 dispone que la sanción para la conducta descrita en el art. 1 de la Directiva no debe ser inferior a ocho años de privación de libertad cuando la conducta se realice con ánimo de lucro, formando parte de una organización delictiva y poniendo en peligro la vida de las personas. Con la última reforma del art. 318 bis CP, el legislador cumple, por lo tanto, con lo exigido por la Unión Europea respecto de las modalidades en las que concurre el ánimo de lucro, la pertenencia a una organización delictiva y el riesgo para la vida de las personas, pero al mismo tiempo introduce una muy importante agravación de la pena en el resto de modalidades. La mayor pena en estas otras modalidades no se debe, realmente, a exigencias de la normativa europea. Nada impedía establecer una pena más baja en el tipo básico y configurar un tipo agravado para los supuestos indicados por la Directiva⁴⁶.

1.3.4.- Concursos.

En materia de concursos, los principales problemas se presentan en la delimitación entre la conducta descrita en el art. 318 bis 1 CP y la recogida en el art. 313. 1 CP.

Antes de analizar la posible delimitación entre ambos preceptos, conviene recordar, no obstante, que con anterioridad a la última reforma introducida por la LO 11/2003, cuando el art. 188.2 CP castigaba la trata de personas con fines de

⁴⁴ DO L n° 328, 05.12.2002.

⁴⁵ DO L n° 328, 05.12.2002.

⁴⁶ Cfr., en este mismo sentido, Lorenzo Copello, RDPCr, n° 12, 2003, p. 90; Eadem, “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión”, en *Jueces para la democracia* (JpD), n° 50, 2004, p. 34; Pérez Cepeda, *Globalización*, p. 221.

explotación sexual, también existían otros problemas concursales importantes. De acuerdo con un importante sector de la doctrina, la conducta descrita en el art. 188.2 era un caso especial de tráfico ilegal de personas y, en virtud del art. 8.1º CP, desplazaba la aplicación del art. 318 bis Cp⁴⁷. Ello, sin embargo, debe ser criticado, pues no se corresponde con la equiparación establecida por los propios tribunales -ya por aquel entonces- entre tráfico ilegal e inmigración ilegal. Si el art. 318 bis Cp se basa en la inmigración ilegal no puede presentarse, simplemente, como ley general frente al art. 188.2, pues en este último caso la entrada en España no necesita ser ilegal. Hubiera sido más correcto, en ese sentido, reconocer que en los casos en los que además de favorecerse la entrada de una persona con fines de explotación sexual, empleando violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad (art. 188.2 CP), se favorece la inmigración ilegal (art. 318 bis), se debería apreciar un concurso ideal de delitos⁴⁸.

En todo caso, con la reforma ha quedado zanjado ese problema, pues se ha modificado por completo el art. 188.2 y se ha introducido un nuevo apartado segundo en el art. 318 bis CP para los casos en que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina tienen como finalidad la explotación sexual. Con ello, no obstante, como se apuntaba antes, se reduce, en realidad, el alcance del delito, pues si bien ya no se exige que haya mediado violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de especial vulnerabilidad, sí es necesario que se favorezca el tráfico o la inmigración ilegal; quedan fuera, por tanto, los supuestos en los que la entrada en España no se haya producido de manera ilegal. Puede encontrarse así alguna sentencia en la que se termina declarando impune una conducta relacionada con la trata de personas con fines de explotación sexual que, sin embargo, hubiera sido sancionada seguramente por vía del antiguo art. 188.2 CP⁴⁹. Se pone de manifiesto, en definitiva, que, para nuestro legislador, la trata de personas con fines de explotación sexual tiene relevancia, únicamente, como modalidad agravada de la inmigración ilegal y no como modalidad delictiva de carácter independiente⁵⁰.

⁴⁷ Cfr., por ejemplo, Rodríguez Montañés, *La Ley, 2001-2*, p. 1741; Aránguez Sánchez, en Moya Escudero (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, p. 930; Navarro Cardoso, "Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en *RP*, nº 10, 2002, pp. 45 y ss., p. 51; Rodríguez Mesa, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, p. 92; Laurenzo Copello, *RDPCr*, nº 12, 2003, p. 81.

⁴⁸ Así, también, Palomo del Arco, en Granados Pérez (dir.), *La criminalidad organizada*, p. 189.

⁴⁹ SAP Valladolid (secc. 4ª) 23.03.2004.

⁵⁰ Realiza esta misma crítica Maqueda Abreu, *RDPP*, nº 11, 2004, p. 43, señalando que se desnaturaliza de esta forma el tradicional concepto de trata.

Centrando ahora la atención en los problemas concursales existentes entre el art. 318 bis 1 CP y el art. 313.1 CP hay que decir que, aparentemente, la única diferencia entre ambos preceptos radica en el tipo de persona que es objeto del delito, ya que en el art. 313 CP se castiga a quien promueve o favorece, por cualquier medio, la inmigración clandestina de *trabajadores*. En tal caso, lo correcto, en principio, sería entender que nos encontramos ante un concurso de leyes que debe resolverse por el criterio de especialidad previsto en el art. 8.1º CP. El problema es que eso deja sin aclarar por qué merece un tratamiento diferenciado la inmigración ilegal de un extranjero trabajador -o que viene a España a trabajar- con respecto a la inmigración ilegal de cualquier otra clase de extranjero. La especialidad podría venir dada por el riesgo de que el trabajador vea lesionados sus derechos laborales debido a su situación de irregularidad⁵¹, pero dado que la pena prevista para el delito del art. 313.1 CP es de prisión de dos a cinco años y la pena del delito del art. 318 bis.1 CP es de prisión de cuatro a ocho años o de dos a ocho años, se estaría reconociendo que favorecer la inmigración laboral con riesgo de explotación laboral es menos grave que favorecer la inmigración ilegal sin más.

Antes de la reforma introducida por la LO 11/2003, cuando la pena del delito del art. 313.1 CP era mayor que la que estaba prevista para el delito del art. 318 bis.1 CP, la doctrina no tenía ningún problema en afirmar que el art. 313.1 CP era norma especial respecto del art. 318 bis 1 CP, explicando que la mayor pena del art. 313.1 CP se justificaba por ese riesgo añadido que existía para los derechos laborales del extranjero. Los problemas sólo se presentaban cuando cabía aplicar, además, alguno de los tipos agravados del art. 318 bis CP, en cuyo caso la doctrina se mostraba partidaria de castigar por el art. 318 bis CP -siguiendo el criterio de la alternatividad del art. 8.4º CP⁵²- o de apreciar, incluso, un concurso ideal de delitos⁵³. Actualmente, la propia pena del tipo básico del

⁵¹ Se muestra, sin embargo, crítico con esta y otras interpretaciones que justifican la existencia del art. 313 CP Sánchez Lázaro, "El nuevo delito de tráfico ilegal de personas", en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 287 y ss., 298 y ss.

⁵² Sequeros Sazatornil, AP, 2000-3, p. 855; Laurenzo Copello, RDP Cr, nº 12, 2003, pp. 87-88.

⁵³ Palomo del Arco, en Granados Pérez (dir.), *La criminalidad organizada*, p. 188. También, Rodríguez Montañés, *La Ley*, 2001-2, p. 1740; Pérez Cepeda, *Globalización*, p. 212, admitiendo las dos posibilidades; Navarro Cardoso, RP, nº 10, 2002, p. 51, sólo para los casos en los que se pone en peligro la vida o la salud de la personas; en los demás casos, seguiría siendo posible resolver por la especialidad porque, a su juicio, el bien jurídico no es distinto.

art. 318 bis CP es más grave que la del art. 313.1 CP, de manera que si se acudiera al criterio de la alternatividad dejaría de tener sentido el art. 313.1 CP. La regulación actual, en definitiva, carecería de todo sentido si se reconociera entre ambas figuras un concurso de leyes, pues si se castigara por el art. 313.1 CP se estaría reconociendo que favorecer la inmigración ilegal de un trabajador es menos grave que favorecer la inmigración ilegal de cualquier otra clase de persona, y si se castigara por el art. 318 bis CP se pondría de manifiesto que al art. 313.1 CP nunca puede llegar a ser aplicado. La particularidad del art. 313.1 CP sólo puede entenderse si se le reconoce un desvalor que vaya más allá de la inmigración ilegal, lo que supondría la necesidad de apreciar un concurso de delitos⁵⁴. Con todo, la regulación sigue resultando claramente defectuosa, porque dado que el art. 313.1 CP se basa en la inmigración ilegal, ese concurso se produciría siempre que fuera de aplicación el art. 313.1 CP. No se entiende, por tanto, por qué el legislador no ha optado directamente por regular este delito como un tipo agravado del art. 318 bis CP. Aquí el traslado al art. 318 bis CP estaría desde luego más justificado que en el caso del antiguo art. 188.2 CP.

1.3.5.- El art. 54.1 b) de la LO 4/2000.

Uno de los aspectos más controvertidos del delito regulado en el art. 318 bis CP es el relativo a su delimitación con respecto a la infracción administrativa prevista en el art. 54.1 b) de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la versión dada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Dicho precepto define como infracción muy grave la consistente en “inducir, promover, 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”.

La conducta coincide fundamentalmente con la descrita en el art. 318 bis 1 CP, con la diferencia de que requiere, además, que se realice “formando parte de una organización con ánimo de lucro”, lo que en el ámbito penal daría lugar a la aplicación de dos tipos agravados (art. 318 bis 2 y 318 bis 5). Ante esta

⁵⁴ Así, también, Sáinz-Cantero Caparrós, Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, 2002, pp. 132-133, quien, sin embargo, ve el desvalor del art. 318 bis CP en el ataque que se produce a la dignidad del inmigrante.

situación, existen dos opciones: entender que, de acuerdo con el principio de *última ratio* que caracteriza al Derecho penal, se debe interpretar el art. 318 bis CP de manera que sea necesario que la conducta delictiva revista una mayor gravedad, principalmente en atención al grado de afección del bien jurídico protegido, o bien considerar que, en virtud del principio *ne bis in idem*, y dada la preeminencia del Derecho penal frente al Derecho administrativo sancionador, el art. 54.1 b) LO 4/2000 carece de toda posibilidad de aplicación.

La primera opción es la que mayor éxito ha tenido entre la doctrina, que, partiendo de una determinada interpretación del bien jurídico protegido, a menudo centrada en los derechos de los ciudadanos de los extranjeros, ha intentado limitar el número de conductas subsumibles en el art. 318 bis CP, exigiendo, junto al hecho de favorecer la inmigración ilegal, la existencia de un riesgo para los derechos de los extranjeros⁵⁵.

Lo criticable de esa solución es que parte de la idea de que lo protegido por la norma administrativa y lo protegido por la norma penal son cosas completamente diferentes. Si se reconociera, en cambio, que la diferencia únicamente puede ser gradual en atención a la mayor afección del bien jurídico en el delito del art. 318 bis CP, no podría llegar a aplicarse el art. 54.1 b) LO 4/2000, pues sería difícil justificar la menor gravedad de la infracción administrativa respecto de la infracción penal, ya que la infracción administrativa requiere que la conducta se realice formando parte de una organización con ánimo de lucro. Al fin y al cabo, el mayor grado de afección del bien jurídico exigido en el delito del art. 318 bis CP no parece que pueda compensar el desvalor que implica realizar la conducta formando parte de una organización con ánimo de lucro. La posibilidad de delimitar el ámbito de aplicación de la infracción administrativa y el de la infracción penal pasaría únicamente, en suma, por entender, al igual que hace buena parte de la doctrina, que en ambos casos se protegen bienes o intereses diferentes. No obstante, como se intentará explicar a continuación, esa idea no se encuentra correctamente fundamentada. Es necesario reconocer que el art. 54.1 b) LO 4/

⁵⁵ Atendiendo al peligro para los derechos de los ciudadanos extranjeros, Rodríguez Mesa, Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, pp. 42-43; García España/Rodríguez Candela, "Delitos contra los derechos de los extranjeros (artículo 318 bis del Código Penal)", en AP, n° 29, 15 al 21 de julio de 2002, pp. 724 y ss., 730-733; Conde-Pumpido Tourón, en Martín Pallín (dir.), Extranjeros y Derecho penal, p. 300. En función del riesgo para la dignidad de las personas, Pérez Cepeda, Globalización, pp. 190-191.

2000, tal y como está redactado, no puede diferenciarse claramente del delito del art. 318 bis CP y, por tanto, no tiene ninguna posibilidad de ser aplicado⁵⁶.

1.4.- Aporías del delito del art. 318 bis cp.

1.4.1.- Consideraciones sobre el bien jurídico protegido.

Gran parte de la doctrina, preocupada por la gravedad de las penas, por la gran variedad de conductas incluidas en el tipo y por la necesidad de establecer alguna delimitación con otras figuras parecidas, se ha basado en el bien jurídico protegido para realizar una interpretación más precisa y restrictiva de este delito del art. 318 bis CP. Invocando, sobre todo, el principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos, se ha destacado la idea de que no basta con favorecer la inmigración ilegal, sino que es necesario, además, que el bien jurídico se vea de algún modo amenazado. De esta forma, se ha pretendido invertir la práctica seguida hasta ahora por los tribunales españoles, proponiendo una interpretación que limite el ámbito de aplicación de este delito y no permita sancionar conductas, aparentemente, menos relevantes. La mayor parte de los autores, efectivamente, en lugar de limitarse a criticar la deficiente técnica legislativa empleada en esta materia y mostrar su disconformidad con el hecho de que se castiguen -o, al menos, se castiguen tan severamente- una serie de conductas relacionadas con la inmigración ilegal, ha querido salvar este art. 318 bis CP intentando solucionar los problemas mediante una correcta identificación del bien jurídico protegido.

El problema, sin embargo, como se intentará demostrar a continuación, es que se ha optado para ello por una interpretación del bien jurídico protegido que, además de no aportar una mayor coherencia sistemática, corrige en exceso la literalidad del precepto. Lo que resulta, en realidad, es una relación de tensión entre lo que parece decir el precepto y lo que se considera que debe decir en atención al bien jurídico protegido. Se produce, en definitiva, una paradoja según la cual el delito no sólo presenta deficiencias técnicas, sino que, además, protege

⁵⁶ Llega a la misma conclusión Lorenzo Copello, RDPCr, nº 12, 2003, p. 81. En sentido semejante, ya antes, Aránguez Sánchez, en Moya Escudero (coord.), Comentario sistemático a la Ley de Extranjería, p. 928; Terradillos Basoco, "Tráfico ilegal de emigrantes", Conferencia pronunciada en el XIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, en Zuñiga Rodríguez/Méndez Rodríguez/Díaz-Santos (coord.), Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías, 2001, pp. 13 y ss., 28.

algo distinto de lo que, a todas luces, parece proteger. Eso es lo que ocurre, concretamente, cuando se afirma, tal y como hace un importante sector de la doctrina, que lo que se protege en este delito son los derechos o la dignidad de los ciudadanos extranjeros.

Para la mayoría de la doctrina, efectivamente, el delito del art. 318 bis CP pretende proteger a los ciudadanos extranjeros. Los argumentos que se utilizan para fundamentar esta tesis son principalmente dos: el primero se centra en el hecho de que el propio legislador haya ubicado este delito dentro del Título XV bis del Libro II del CP, que se refiere a los “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”⁵⁷; el segundo argumento consiste en rechazar la posibilidad de que el delito se produzca simplemente al favorecer la inmigración ilegal, pues se entiende que, en tal caso, se estaría elevando a la categoría de delito lo que no es más que una infracción de carácter administrativo. Se advierte, en ese sentido, que, en virtud del principio de lesividad, es necesario que el delito lleve consigo la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico, y las normas administrativas que regulan la inmigración carecen de entidad suficiente para constituir un bien jurídico-penalmente protegido. Para que el Derecho penal pudiera intervenir sería necesario, según esta interpretación, que la conducta, además de atentar contra las normas administrativas, supusiera algún tipo de amenaza para los ciudadanos extranjeros⁵⁸.

a) Los derechos de los ciudadanos extranjeros.

En esta línea, algunos autores sostienen que el desvalor de la conducta consistente en favorecer la inmigración ilegal no se encuentra -o, por lo menos, no sólo- en el incumplimiento de las normas administrativas, sino en la especial situación en

⁵⁷ Rodríguez Mesa, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, pp. 55 y 58; García España/Rodríguez Candela, AP, nº 29, 2002, pp. 729-730; Navarro Cardoso, RP, nº 10, 2002, p. 45; Conde-Pumpido Tourón, en Martín Pallín (dir.), *Extranjeros y Derecho penal*, pp. 286-288; Pérez Cepeda, *Globalización*, p. 148. En todo caso, este tipo de argumentos basados en la rúbrica del título no parece que deban ser suficientes por sí mismos para la identificación del bien jurídico, pues corren el riesgo de incurrir en diagnóstico apresurado de carácter intuitivo, alejado de un verdadero análisis lógico racional. Cfr. en este sentido, criticando esta metodología intuitiva, Rodríguez Mourullo, *La omisión de socorro en el Código penal, 1966*, pp. 138-139.

⁵⁸ Cfr. Rodríguez Mesa, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, pp. 59, 75-77; García España/Rodríguez Candela, AP, nº 29, 2002, pp. 729-732; Navarro Cardoso, RP, nº 10, 2002, pp. 44-45; Pérez Cepeda, *Globalización*, pp. 160-162.

la que se coloca al extranjero, pues, al entrar de manera ilegal, ve limitada la posibilidad de ejercer sus derechos. Al favorecerse la inmigración ilegal se le priva al extranjero de los derechos que, en general, podría llegar a disfrutar en caso de haber entrado de manera legal y encontrarse en España en una situación regular⁵⁹, impidiéndole de esa forma alcanzar una plena integración social⁶⁰. El bien jurídico protegido lo constituirían, por tanto, los derechos de los ciudadanos extranjeros y la integración social que tales derechos le permiten⁶¹. En los casos en que no se atente contra ese concreto bien jurídico no estaría justificada, en cambio, la intervención penal y debería aplicarse únicamente la sanción administrativa⁶².

Esta interpretación del bien jurídico protegido es difícilmente justificable. En primer lugar, porque no es quien favorece la entrada ilegal quien priva al extranjero de la posibilidad de acceder a esos derechos. El extranjero carece de esos derechos antes de que se favorezca su entrada ilegal. En realidad, son las propias normas que regulan la entrada y permanencia las que determinan cuándo el extranjero puede o no disfrutar de esos derechos e integrarse en nuestro país⁶³. Parece complicado afirmar que se protegen los derechos que el extranjero hubiera tenido

⁵⁹ Rodríguez Mesa, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, p. 64; García España/Rodríguez Candela, AP, nº 29, 2002, pp. 732-733; Navarro Cardoso, RP, nº 10, 2002, pp. 49 y 53; Conde-Pumpido Tourón, en Martín Pallín (dir.), *Extranjeros y Derecho penal*, pp. 286-287 y 292-293.

⁶⁰ Serrano Piedecabras, "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 309 y ss., 331-332.

⁶¹ Ésta es también la tesis que puede encontrarse en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que en el apartado IV señala expresamente que el tráfico ilegal de personas impide la integración social de los extranjeros en el país de destino. La misma tesis ha defendido también el que fuera Secretario de Estado de Extranjería, Jaime I. González, "Política de extranjería", en Martín Pallín (dir.), *Extranjeros y Derecho penal*, pp. 13 y ss., 15-16, al indicar que la inmigración ilegal tiene consecuencias negativas no sólo para la sociedad receptora, sino también para el propio inmigrante "que se ve abocado, al haber escogido esta vía de llegada, a los ámbitos de marginalidad, la clandestinidad y la delincuencia", e incluso para los extranjeros que se encuentra en España en situación regular, "quienes ven dificultada su integración en la sociedad española como consecuencia del rechazo que se deriva de los efectos de inmigración ilegal".

⁶² García España/Rodríguez Candela, AP, nº 29, 2002, p. 734; Conde-Pumpido Tourón, en Martín Pallín (dir.), *Extranjeros y Derecho penal*, p. 300.

⁶³ En este mismo sentido, Sáinz-Cantero Caparrós, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, pp. 66-67. Una crítica parecida es la que realiza también Laurenzo Copello, RDPCr, nº 12, 2003, pp. 70-71, quien afirma que "[s]in negar la evidencia de que las situaciones de clandestinidad favorecen la marginación social de los inmigrantes, resulta algo contradictorio, sin embargo, intentar transmitir la idea de preocupación por sus derechos y libertades precisamente apelando a un instrumento destinado a obstaculizar el cumplimiento de su objetivo prioritario, cual es la entrada y permanencia en el territorio elegido para emigrar". Crítica también con la interpretación basada en la integración social del extranjero, Rodríguez Montañés, *La Ley*, 2001-2, pp. 1737-1738, para quien dicha interpretación olvida que el aspecto esencial es la inmigración ilegal y el interés estatal en controlar los flujos migratorios.

si la entrada se hubiera producido de manera legal, cuando la situación de ese extranjero se caracteriza, precisamente, por la imposibilidad de entrar de manera legal. El bien jurídico protegido, en definitiva, no puede estar representado por unos derechos que no existen⁶⁴. Pero es que, además, en segundo lugar, aunque se llegara a aceptar que se protegen esos derechos que habría tenido el extranjero en caso de haber entrado legalmente, ello no tendría ninguna relevancia a la hora de interpretar la conducta típica, pues tales derechos se verían afectados desde el mismo momento en que se favorece la entrada ilegal. No podría encontrarse ningún caso en el que se favorezca la inmigración ilegal y no se produzca al mismo tiempo una afección del bien jurídico protegido; de manera que esta concepción del bien jurídico no serviría para realizar una interpretación más precisa y restrictiva de la conducta típica. Se seguiría reconociendo, por ejemplo, que el sujeto que atraviesa la frontera llevando oculto a un familiar que no tiene permitida su entrada en España atenta contra los derechos del extranjero.

b) La dignidad de los ciudadanos extranjeros.

Otros autores, partiendo también de la idea de que este delito sirve para proteger a los ciudadanos extranjeros, han señalado que, en concreto, el bien jurídico protegido es la dignidad de los ciudadanos extranjeros. Esta tesis se corresponde con la que sostuvo el propio Tribunal Supremo en una sentencia de 5 de febrero de 1998⁶⁵ con respecto al bien jurídico protegido en el delito del art. 499 bis del Código penal de 1973. En dicha sentencia, se manifestaba lo siguiente:

“el bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Aquel delito surge en la ley penal, como un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger 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, tales como la profundización de la desigualdad

⁶⁴ En sentido semejante, cfr. Aránguez Sánchez, en Moya Escudero (coord.), Comentario sistemático a la Ley de Extranjería, p. 915, quien sostiene que “el inmigrante ilegal carece de un marco de derechos y libertades distinto del que le corresponde en tanto que ser humano, pues respecto a los derechos que disfruta el extranjero que ha regularizado su situación en nuestro país, tan sólo tiene una expectativa”; “...cualquier extranjero tiene legítimas expectativas de poder residir legalmente en España, pero no tiene un derecho a la integración social si no ha regularizado su situación jurídica a la hora de entrar en nuestro país”.

⁶⁵ STS 143/1998 de 5 de febrero (f.j. 5º) .

entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida. Para aprovecharse de esta situación y convertirla en inmoral fuente de ingresos, aparecen grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancía de fácil y reprobable explotación .../... el bien jurídico que se tutela mediante la prohibición y castigo de esta conducta -el derecho de los trabajadores a que sea respetada su libertad y seguridad y, en última instancia, su dignidad de personas- se viola gravemente cuando, como en el caso que nos ocupa, se les seduce, abusando de su situación de necesidad y exigiéndoles a cambio una cantidad de dinero para ellos exorbitante, para que abandonen su país y vayan a otro que ofrece, en principio, mayores posibilidades de bienestar, pero en el que su condición de inmigrantes ilegales les expone con bastante probabilidad -téngase en cuenta que hablamos de un delito de riesgo abstracto- a la marginación, el desarraigo y la aceptación forzada de condiciones de trabajo mucho más desfavorables a las que se tiene derecho en el país de recepción”.

Según esta sentencia, lo que se protege, en última instancia, es la dignidad de los ciudadanos extranjeros. El atentado contra la dignidad no se produce porque se prive al extranjero de los derechos que hubiera tenido en caso de entrar en España de manera regular, sino porque se le trae a España mediante un engaño, haciéndole creer que podrá disfrutar de mejores condiciones de vida cuando lo cierto es que va a terminar encontrándose en una situación de marginación en la que, muy probablemente, acabará sometido a unas condiciones laborales desfavorables. Partiendo de estas consideraciones del Tribunal Supremo, puede entenderse que la dignidad se ve afectada o bien por el riesgo al que se somete al extranjero de cara a una futura explotación laboral, o bien por el hecho de que se le engañe -abusando de su situación- y se le trate como una mera mercancía. Se centra la atención, en un caso, en la situación en la que termina encontrándose el extranjero y, en otro caso, en la forma en la que se determina la inmigración. No obstante, si bien el primer aspecto, relacionado con el riesgo de la explotación laboral, podía ser decisivo en el antiguo art. 499 bis CP 1973 o en el actual art. 313.1 CP 1995, no lo es, en cambio, en el delito del art. 318 bis CP, pues éste presenta un carácter más general y no tiene en cuenta que el extranjero sea un trabajador. Ese riesgo de explotación laboral,

aun pudiendo estar relacionado con la dignidad, formaría parte, en su caso, del bien jurídico de un eventual supuesto agravado de naturaleza semejante al que se recoge en el art. 318 bis 2 CP con respecto a la explotación sexual. De hecho, como se apuntaba anteriormente, lo correcto hubiera sido que la conducta recogida en el art. 313.1 CP se hubiera regulado dentro del art. 318 bis CP, de igual modo a como se ha hecho recientemente con la trata de personas con fines de explotación sexual.

La dignidad que puede verse afectada en el tipo básico del art. 318 bis CP guarda, en principio, mayor relación con la cosificación del extranjero que puede llevarse a cabo cuando se favorece su entrada ilegal. Los autores que defienden que el bien jurídico protegido en este delito es la dignidad de los extranjeros destacan, en ese sentido, la degradación a la que se somete el extranjero cuando es convertido en un mero objeto del tráfico⁶⁶. Para estos autores, la razón de ser de este delito no se encuentra en la protección de los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros, pues tales derechos ya se encuentran amparados en otros delitos del Código penal⁶⁷. Lo que se trata de evitar es la propia conducta que favorece el tránsito, ya que dicha conducta implica en sí misma un atentado contra la dignidad y la integridad moral del extranjero. Se llega a afirmar, en este sentido, que hubiera sido más apropiado regular este delito dentro del Título VII del Libro II del Código penal, relativo a las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Se advierte, efectivamente, que la conducta favorecedora del tráfico o la inmigración ilegal no deja de suponer un trato degradante que menoscaba la integridad moral y que, por tanto, podría quedar incluida en el tipo del art. 173 CP. Lo que justificaría su regulación como delito independiente sería, únicamente, su especial gravedad dada la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los extranjeros⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. Sáinz-Cantero Caparrós, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, p. 62; Lorenzo Copello, *RDPCr*, n° 12, 2003, pp. 71-72; de León Villalba, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, pp. 247 y ss.; Pérez Cepeda, *Globalización*, pp. 173-174. Defienden también que el bien jurídico protegido es la dignidad de los extranjeros, Barber Burusco, en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia penal básica*, p. 450; Palomo del Arco, en Granados Pérez (dir.), *La criminalidad organizada*, pp. 176-177, aunque, según este último, sólo en los tipos agravados del art. 318 bis CP.

⁶⁷ Cfr. Pérez Cepeda, *Globalización*, p. 170.

⁶⁸ Cfr. de León Villalba, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, p. 264; Lorenzo Copello, *RDPCr*, n° 12, 2003, pp. 72-73.

Esta interpretación del bien jurídico protegido permitiría, ciertamente, limitar la aplicación del art. 318 bis CP, pues se exigiría que la conducta favorecedora del tráfico o la inmigración ilegal supusiera un menoscabo de la dignidad de los ciudadanos extranjeros. Las conductas consideradas menos graves dejarían de estar tipificadas y solamente darían lugar, en su caso, a la aplicación de la sanción administrativa prevista en el art. 54.1 b) LO 4/2000. No obstante, es precisamente en este punto donde más claramente se aprecia la paradoja a la que antes se hacía referencia, pues tanto el tenor literal del art. 318 bis.1 CP, como la propia sistemática empleada en la tipificación de este tipo de conductas parecen contradecir esta concepción del bien jurídico centrada en la dignidad de los ciudadanos extranjeros.

En primer lugar, hay que plantear la cuestión de hasta qué punto se produce realmente un ataque contra la dignidad en los casos en los que concurre el consentimiento del extranjero. Podría llegar a decirse que, dada la situación del extranjero, su consentimiento carece de relevancia, pero lo cierto es que eso sólo es así cuando, efectivamente, existe una situación de especial vulnerabilidad que pueda cuestionar la validez del consentimiento. Si el consentimiento está libremente prestado y no hay una relación de clara desigualdad, no puede decirse que el extranjero ha sido tratado como un objeto o una mercancía y que, por tanto, se ha atentado contra su dignidad o integridad moral. Incluso aunque el autor actuara con ánimo de lucro, la conducta no atentaría contra la dignidad del extranjero que presta su consentimiento libremente. Desde el punto de vista de la dignidad, la conducta penalmente relevante sólo se produce, realmente, cuando no hay consentimiento del extranjero o ese consentimiento resulta irrelevante, y tales casos quedan incluidos en el tipo agravado del apartado tercero del art. 318 bis CP, ya que si no hay consentimiento es o bien porque la conducta se realiza mediando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o bien porque el extranjero es menor de edad o incapaz. Los casos que quedan incluidos en el tipo básico del art. 318 bis 1 son, como ya se ha indicado, los casos en los que la conducta se realiza con el consentimiento del extranjero, de modo que no puede decirse que el bien jurídico protegido en tales casos sea la dignidad de los ciudadanos extranjeros⁶⁹.

⁶⁹ En este mismo sentido, Maqueda Abreu, RDPP, nº 11, 2004-1, pp. 40-42.

En segundo lugar, cabe poner en duda que el bien jurídico sea la dignidad de los ciudadanos extranjeros porque no existe una relación directa entre el hecho de que se cosifique a los extranjeros, se les convierta en una mera mercancía o, incluso, se abuse de su situación y el hecho de que su entrada o permanencia en el país se produzca de manera ilegal⁷⁰. Aunque se favorezca la entrada o permanencia cumpliendo con las normas administrativas puede atentarse contra la dignidad del extranjero siempre que ello se haga sin su consentimiento o abusando de una clara situación de superioridad. Por lo general, si el extranjero que ha sido traído a España se encuentra en una situación de indefensión en la que no sabe a dónde ir o a quién acudir es debido a la concreta relación que tiene con quienes le han traído y no -o, desde luego, no principalmente- a que su entrada se haya producido de manera ilegal. Ni todos los casos en los que abusa del extranjero se producen a partir de una inmigración ilegal, ni todos los casos en los que se favorece la inmigración ilegal existe una relación de abuso o explotación por parte de quien la favorece. La situación irregular del inmigrante sólo es relevante en la medida en que representa otro de los aspectos que pueden contribuir a que el extranjero se encuentre sometido a una relación de dominio. En todo caso, ese aspecto no es decisivo por sí mismo, pues, como se indicaba antes, sólo supone la imposibilidad que tiene el extranjero de acceder a unos derechos de los que tampoco disponía antes de entablar su relación con las personas que favorecen su llegada al país. Lo determinante para que la dignidad se vea lesionada es, en definitiva, la forma en la que alguien favorece la entrada del extranjero y no el incumplimiento de las normas administrativas que limitan dicha entrada.

A este respecto, conviene recordar que ni en el art. 499 bis del Código penal de 1973, ni en el antiguo art. 188.2 CP, ni en la propia definición de la trata de personas (*trafficking in persons*) que aparece en los textos internacionales se hace referencia a que la entrada deba ser ilegal. Lo importante en la trata de personas es la forma en que se favorece el tránsito de personas, y en ese caso sí puede considerarse que el bien jurídico protegido es la dignidad de las personas. La dignidad de los ciudadanos extranjeros podría ser ciertamente el

⁷⁰ Llama también la atención sobre ello Sáinz-Cantero Caparrós, Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, p. 59. En un sentido semejante, Olivar de Julián, Anales de Derecho, nº 3, 2002, p. 140; de León Villalba, Tráfico de personas e inmigración ilegal, p. 29.

bien jurídico protegido en un delito de trata de personas (tráfico de personas en sentido estricto), pero no en un delito de inmigración ilegal como el que aparece regulado en el art. 318 bis CP. En la trata de personas, al centrarse la atención en la forma de favorecer la entrada del extranjero y exigirse que medie violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de especial vulnerabilidad de la víctima, sí da la impresión de que se pretende evitar la cosificación o comercialización del extranjero, así como el ataque a su dignidad que ello conlleva. En la actual regulación, puede apreciarse, sin embargo, cómo ese aspecto ha ido perdiendo relevancia y se han centrado los esfuerzos en combatir la inmigración ilegal. Que la rúbrica del Título XV bis haga referencia a los derechos de los ciudadanos extranjeros o que se defina al extranjero como víctima en el art. 318 bis 2 CP sólo demuestra la confusión propia de una regulación que pretende equiparar el tráfico ilegal de personas con la inmigración ilegal⁷¹.

En contra de lo que afirman algunos autores⁷², esta tesis que sostiene que el bien jurídico protegido es la dignidad de los extranjeros presentaba los mismos problemas antes de la reforma introducida por la LO 11/2003, pues no es cierto que con la anterior regulación pudiera considerarse que la conducta tipificada estaba basada en el tráfico ilegal de personas entendido como medio de cosificación o mercantilización del inmigrante. Ya antes de la reforma cabía apreciar una identificación entre el tráfico ilegal y la inmigración ilegal⁷³. Por una parte, porque ya por aquel entonces las normas europeas, al menos en su versión en castellano, equiparaban ambas figuras y, por otra parte, y sobre

⁷¹ Para Álvarez Álvarez, “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal”, en VVAA, *El extranjero en Derecho penal sustantivo y procesal*, CGPJ, 5, 1999, pp. 355 y ss., 355, la denominación del título XV bis es puramente simbólica, pues los derechos de los inmigrantes sólo se protegen indirectamente: “no se utilizan más que como señuelo para tranquilizar la propia conciencia del Legislador y suministrar una dosis de «buena conciencia» a la ciudadanía (transmitir la sensación de que algo se hace...)”.

⁷² Así, principalmente, Sáinz-Cantero Caparrós, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, pp. 59 y ss. y Laurenzo Copello, RDPCr, nº 12, 2003, pp. 71-72, quienes consideran que la inmigración ilegal en sí misma no está realmente tipificada en el art. 318 bis CP. Con la última reforma, Laurenzo Copello (op. cit., pp. 91-92) ha reconocido que, al introducirse expresamente la referencia a la “inmigración ilegal”, ello ha dejado de ser así y que, por tanto, la tesis que sostiene que el bien jurídico protegido es la dignidad del inmigrante pierde fuerza en favor de la que sostiene que lo que se protege es únicamente el control de los flujos migratorios. Propone por ello suprimir esa referencia a la inmigración ilegal o, al menos, seguir interpretándola como algo equiparable al tráfico de personas.

⁷³ De hecho, los propios tribunales no hacían distinciones entre tráfico ilegal e inmigración ilegal. Cfr., entre otras, SAP Las Palmas (secc. 1ª) 19.02.2003, SAP Las Palmas (secc. 1ª), 24.02.2003, SAP Baleares (secc. 1ª) 30.06.2003.

todo, porque los casos en los que se favorece el tránsito del extranjero sin su consentimiento estaban regulados en el tipo agravado del entonces apartado segundo del art. 318 bis CP⁷⁴. Con la reforma lo que se ha conseguido es hacer más evidente que este delito gira principalmente en torno a la inmigración ilegal, despejando así cualquier duda sobre la forma de interpretar el concepto de “tráfico ilegal de personas”.

c) El control de los flujos migratorios.

Si se atiende al tenor literal del delito regulado en el art. 318 bis CP -más concretamente, en el tipo básico del apartado primero de dicho artículo- y se parte de una interpretación histórica y sistemática del mismo, se llega a la conclusión de que el único bien jurídico que puede considerarse protegido en este delito es, en realidad, la política migratoria que se encuentra detrás de las normas que regulan la entrada y permanencia de los extranjeros en España. En la medida en que la conducta típica se caracteriza por promover o favorecer un hecho contrario a unas determinadas normas legales, resulta obligado relacionar de alguna forma esas normas con el bien jurídico protegido. El principal error en el que incurren las anteriores concepciones del bien jurídico protegido consiste, precisamente, en ignorar este aspecto.

Los derechos o la dignidad del extranjero solamente podrían llegar a verse como bien jurídico protegido en la medida que fuesen a su vez aspectos protegidos

⁷⁴ Cfr. en un sentido parecido, reconociendo la identificación existente -ya antes de la reforma introducida por la LO 11/2003- entre tráfico ilegal e inmigración ilegal, Rodríguez Mesa, Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, pp. 62-63. Para Álvarez Álvarez, “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal”, en VVAA, El extranjero en Derecho penal sustantivo y procesal, CGPJ, 5, 1999, pp. 355 y ss., 355, la denominación del título XV bis es puramente simbólica, pues los derechos de los inmigrantes sólo se protegen indirectamente: “no se utilizan más que como señuelo para tranquilizar la propia conciencia del Legislador y suministrar una dosis de «buena conciencia» a la ciudadanía (transmitir la sensación de que algo se hace...)”. Así, principalmente, Sáinz-Cantero Caparrós, Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, pp. 59 y ss. y Laurenzo Copello, RDPCr, nº 12, 2003, pp. 71-72, quienes consideran que la inmigración ilegal en sí misma no está realmente tipificada en el art. 318 bis CP. Con la última reforma, Laurenzo Copello (op. cit., pp. 91-92) ha reconocido que, al introducirse expresamente la referencia a la “inmigración ilegal”, ello ha dejado de ser así y que, por tanto, la tesis que sostiene que el bien jurídico protegido es la dignidad del inmigrante pierde fuerza en favor de la que sostiene que lo que se protege es únicamente el control de los flujos migratorios. Propone por ello suprimir esa referencia a la inmigración ilegal o, al menos, seguir interpretándola como algo equiparable al tráfico de personas. De hecho, los propios tribunales no hacían distinciones entre tráfico ilegal e inmigración ilegal. Cfr., entre otras, SAP Las Palmas (secc. 1ª) 19.02.2003, SAP Las Palmas (secc. 1ª), 24.02.2003, SAP Baleares (secc. 1ª) 30.06.2003. Cfr. en un sentido parecido, reconociendo la identificación existente -ya antes de la reforma introducida por la LO 11/2003- entre tráfico ilegal e inmigración ilegal, Rodríguez Mesa, Delitos echos de los ciudadanos extranjeros, pp. 62-63.

por las normas que determinan cuándo la conducta resulta típica. Por eso, aun en el caso en que se exija algo más para cumplir con el principio de lesividad y justificar la intervención penal, ese algo más no puede definirse sin tener en cuenta las normas que indican cuándo la entrada o residencia del extranjero es ilegal.

Buscar un bien jurídico prescindiendo de una interpretación de tales normas para, a partir de ahí, exigir algún otro elemento que determine el carácter típico de la conducta, supone crear un nuevo delito, distinto del que verdaderamente se encuentra regulado. Si, pese a la exigencia de una especial afección de los intereses perseguidos por esas normas, se considera que tales intereses no merecen llegar ser un bien jurídico-penalmente protegido, que la pena prevista es excesiva o que, por cualquier otra razón, se obtienen consecuencias indeseadas, es preferible criticar abiertamente el precepto o, incluso, cuestionar su constitucionalidad antes que ignorar directamente lo establecido por el legislador. Y ello no sólo porque pueda atentar contra el principio de legalidad, sino porque, además, en contra de lo que suele ser el propósito generalmente reconocido, no favorece la protección de los ciudadanos extranjeros, pues se contribuye a mantener la confusión existente entre el tráfico ilegal de personas y la inmigración ilegal, dos figuras que, en realidad, responden a preocupaciones distintas. En la medida en que se mantenga esta confusión, resultará más complicado profundizar en el análisis del problema y ayudar a quienes representan la parte más débil -en este caso, los inmigrantes-. En ese sentido, poner de manifiesto el problema puede tener una mayor carga crítica que pretender minimizarlo con soluciones parciales derivadas de una determinación apriorística del bien jurídico protegido.

Comprendiendo que la conducta típica se basa en la infracción de las normas que regulan la entrada y permanencia de los extranjeros en España, la pregunta es, por tanto, si tales normas pretenden proteger los derechos o la dignidad de los ciudadanos extranjeros. Sin necesidad de entrar en un análisis detallado de la política reflejada en estas normas, parece evidente que el sentido de las mismas no es proteger a los ciudadanos extranjeros. No basta con afirmar que el incumplimiento de estas normas coloca al inmigrante en una situación de marginalidad o clandestinidad, porque eso no significa necesariamente que dichas normas tengan como finalidad evitar esa situación; también podría

pensarse que lo que pone al inmigrante en esa situación es precisamente la existencia misma de esas normas y la consiguiente posibilidad de convertirlo en un “inmigrante irregular”⁷⁵. Al fin y al cabo, la marginalidad resultante del incumplimiento de esas normas se puede producir con independencia absoluta de cuál sea su contenido.

Si la norma prohibiera la entrada a los inmigrantes que tienen un determinado color de pelo, se podría llevar a la marginación a los inmigrantes que llegan con ese color de pelo, pero no tendría sentido decir que la finalidad de la norma es proteger de la marginalidad a este tipo de inmigrantes. En realidad, las normas que determinan cuándo un extranjero puede entrar y residir en España lo que pretenden es establecer algún tipo de control para que la inmigración no suponga un peligro para nuestro sistema socioeconómico. Ciertamente, ello podría llegar a tener efectos negativos también para el inmigrante en general, con independencia de si entra o no de manera ilegal, pero difícilmente puede verse como un ataque a los propios inmigrantes. Para poder afirmar que la situación que se quiere evitar es directamente perjudicial también para los extranjeros, habría que compararla con la situación en la que se encontraban en su lugar de origen. En este sentido, parece claro lo que constituye el bien jurídico protegido por estas normas no es el bienestar de los inmigrantes, sino la política migratoria; una política que, promovida principalmente por la Unión Europea, se caracteriza por querer controlar los flujos migratorios en función de un determinado modelo socioeconómico. Es esta política migratoria la única que puede constituir a su vez el bien jurídico protegido en el delito del art. 318 bis. 1 CP⁷⁶.

⁷⁵ Cfr. Sánchez Yllera, en Vives Antón (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, volumen I (arts. 1 a 233), 1995, pp. 504 y ss., 510; García España, “La delincuencia de inmigrantes en España”, “Los extranjeros en cárceles españolas”, en Laurenzo Copello (coord.), Inmigración, pp. 131 y ss., y 161 y ss., respectivamente, pp. 146 y ss., 151 y s.; Brandariz García, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en Faraldo Cabana (dir.) /Brandariz García/Puente Aba (coord.), Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización, 2004, pp. 15 y ss., p.46.

⁷⁶ Contundente a este respecto Álvarez Álvarez, en VVAA., El extranjero en el Derecho penal español, p. 355. Cfr., también, Aránguez Sánchez, en Moya Escudero (Coord.), Comentario sistemático a la Ley de Extranjería, p. 916; Arroyo Zapatero, “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en Idem/Berdugo Gómez de la Torre (dir.), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Cuenca, 2001, pp. 31 y ss. 37; Rodríguez Montañés, La Ley, 2001-2, p. 1738, quien sostiene que lo que se protege es el “conjunto de condiciones e instituciones básicas para el mantenimiento del sistema socioeconómico vigente, tanto en su aspecto puramente económico como en la dimensión social del mismo”. Considera también que el control de los flujos migratorios forma parte del bien jurídico protegido en este delito del art. 318 bis CP Laurenzo Copello, RDPCr, 12, 2003, p. 74; Eadem, JpD, n° 50, 2004, p. 31. También, con respecto al tipo básico del apartado primero del art. 318 bis CP, Palomo del Arco, en Granados Pérez (dir.), La criminalidad organizada, pp. 176-177; de León Villalba, Tráfico de personas e inmigración ilegal, pp. 421-422; lo cual es, a su vez, asumido por el CGPJ, Informes, p. 145. Cfr. también, incluyendo al apartado 2° a raíz de la última reforma, Maqueda Abreu, RDPP, n° 11, 2004-1, pp. 42-43. Declaran también expresamente que el bien jurídico protegido es el control de los flujos migratorios SAP Cádiz (secc. 4ª) 27.10.2003, SAP Sevilla (secc. 3ª) 14.5.2001.

De hecho, el especial interés que ha mostrado la Unión Europea en que los Estados comprendan la importancia de este tema es lo que le ha llevado a aprobar una serie de normas en las que se pide a los Estados la tipificación de las conductas que favorecen la entrada de extranjeros en contra de las normas que regulan los flujos migratorios. Ello 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. Los casos de trata de personas (*trafficking in persons*) sólo aparecen regulados como modalidades agravadas del delito relativo a la inmigración ilegal, con las consecuencias negativas ya señaladas que ello conlleva en la lucha contra este tipo de prácticas. En el tipo básico del art. 318 bis 1 CP, en el que se define la conducta de referencia para la regulación de los tipos agravados, se atiende únicamente a la inmigración ilegal. El riesgo para la dignidad de las personas se tiene en cuenta únicamente en el apartado tercero, cuando se hace referencia al empleo de violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima; el riesgo para los bienes más personales de los extranjeros también se recoge en el apartado tercero, al mencionar el riesgo para la vida, la salud o la integridad de las personas; el riesgo para la libertad sexual se valora en el apartado segundo y el riesgo para los derechos laborales en el art. 313.1 CP. En todos los casos, el riesgo para otro posible bien jurídico viene supeditado a una previa amenaza a la política migratoria definida por las normas reguladoras de la entrada y estancia en España.

1.4.2.- Conclusión provisional.

La regulación actual de los delitos relacionados con la actividad migratoria merece una valoración negativa por varios motivos.

En primer lugar, la sistemática empleada es poco coherente y genera serios problemas de interpretación y aplicación. Fundamentalmente, esos problemas se presentan en relación con: 1) la delimitación entre el delito del art. 318 bis CP, el delito del art. 313.1 CP y la infracción administrativa del art. 54. 1 b) LO 4/2000; 2) la amplitud con la que está definido el delito del art. 318 bis CP, que, al estar basado simplemente en el hecho de favorecer la inmigración ilegal, permite considerar típicas una gran variedad de conductas, incluidas algunas tan dispares

como las de intentar pasar la frontera con un familiar que no tiene permitido el acceso a España o la de acoger en una vivienda a una persona que se encuentra en España en situación irregular; y ello, además, sin diferenciar entre formas de participación o entre grados de ejecución; 3) la regulación de la trata de personas con fines de explotación sexual, que ha dejado de ser independiente para incluirse de manera fraccionada en el art. 318 bis y presentarse como una modalidad agravada (*ex arts.* 318 bis 2 y 318 bis 3 CP) de un delito de inmigración ilegal, con la consiguiente limitación de su ámbito de aplicación; 4) el tratamiento indiferenciado de aspectos como el ánimo de lucro, el empleo de violencia, intimidación, engaño o abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima, la minoría de edad o incapacidad de la víctima o el riesgo para las personas, como supuestos que dan lugar a la agravación de la pena en todo caso, independientemente de la forma en la que se favorece la inmigración y de la relación existente entre el autor y el inmigrante.

Esta regulación es el resultado, fundamentalmente, de la confusión producida entre dos figuras de naturaleza tan distinta como son el tráfico de personas y la inmigración ilegal. Es necesario insistir en que mientras que la primera está pensada para proteger a los ciudadanos extranjeros, la segunda sirve, principalmente, para reforzar las normas que limitan el derecho de los extranjeros a entrar y residir en un país; en este caso España⁷⁷. En los últimos años, la Unión Europea ha mostrado un especial interés en controlar la llegada de inmigrantes y ha instado a los Estados miembros a castigar, incluso penalmente, aquellas conductas que promuevan o favorezcan la inmigración ilegal. Ello ha ido acompañado de un discurso en el que se ha intentado relacionar la lucha contra la inmigración ilegal con la defensa de los intereses de los ciudadanos extranjeros, presentando a los inmigrantes que entran ilegalmente en España como víctimas de las mafias que trafican con personas.

Las reformas introducidas en nuestro Código penal reflejan esa misma ambigüedad, pues combinan elementos de una y otra figura de una manera poco coherente, dando finalmente preeminencia a la inmigración ilegal en detrimento del tráfico de personas. Primero se manifestó en el ámbito laboral,

⁷⁷ Pone también de manifiesto la confusión existente entre una y otra figura de León Villalba, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, pp. 28-29.

cuando con la primera redacción del Código penal de 1995 se cambiaba el tenor del antiguo art. 499 bis 3º del Código penal de 1973, para castigar, en el art. 313.1 CP, la inmigración ilegal de trabajadores. Ya por aquel entonces no quedaba claro si lo que se quería impedir era que los inmigrantes corrieran el riesgo de ser explotados o si, simplemente, se pretendía evitar que los trabajadores extranjeros vinieran a España contraviniendo las normas establecidas para que los trabajadores que se encontraban ya en España no tuvieran que competir con los extranjeros⁷⁸. La redacción del precepto permitía ambas interpretaciones y se planteaba entonces si, aceptando la primera interpretación, cabía excluir la tipicidad de la conducta cuando podía demostrarse que el extranjero no iba a trabajar o que, por lo menos, no iba a hacerlo en condiciones más desfavorables que el resto de trabajadores. Posteriormente, aparece regulado, en el art. 188.2 CP, un delito de trata o tráfico de personas con fines de explotación sexual en el que no se presta atención al carácter ilegal de la entrada en España. Dicho precepto, sin embargo, pasa a configurarse más tarde como modalidad agravada de un delito de inmigración ilegal, reproduciendo nuevamente la confusión sobre ambas figuras y dando lugar a las consecuencias ya señaladas. Finalmente, en el art. 318 CP, después de un primer momento en el que se redacta la conducta del tipo básico tomando como referencia el tráfico ilegal de personas -realizado sin atentar contra la voluntad del extranjero y sin exigir ningún riesgo concreto para sus intereses-, se realiza una modificación para introducir la inmigración ilegal con carácter general.

La mayor parte de la doctrina, como se ha indicado, si bien comparte esta visión crítica de la regulación actual y se muestra preocupada por las dificultades interpretativas del art. 318 bis CP y por las graves consecuencias a las que puede conducir su aplicación, ha querido reaccionar estableciendo correcciones a partir de una particular concepción de lo que, desde el punto de vista político-criminal, debería ser el bien jurídico protegido en este delito. Se ha visto, sin embargo, que tales planteamientos no sólo no aportan una mayor coherencia a

⁷⁸ Destaca la posibilidad de realizar esta segunda interpretación Terradillos Basoco, "Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera", en Lorenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 375 y ss., p. 382, manteniendo, sin embargo, que se protegen, en realidad, tanto los derechos de los trabajadores que entran ilegalmente como los derechos de los trabajadores españoles o de los trabajadores extranjeros que ya tienen regularizada su situación España (op. cit., p. 391). En un sentido parecido, Lorenzo Copello, *RDPCr*, nº 12, 2003, pp. 68-69, reconociendo, no obstante, que, en cierta medida, son intereses opuestos.

la regulación, sino que además superan los límites interpretativos que impone el principio de legalidad. Sólo partiendo de una concepción del bien jurídico basada en el control de los flujos migratorios parece posible comprender la regulación de este delito del art. 318 bis CP. Parece claro, efectivamente, que el legislador ha optado por castigar cualquier tipo de conducta que favorezca la entrada o permanencia en nuestro país de un ciudadano extranjero que no reúne los requisitos establecidos para ello, con independencia de la situación en la que se encuentre o de la relación que mantenga con quien le presta la ayuda.

El problema es que, aun partiendo de esta interpretación, siguen planteándose diversos problemas. Por una parte, no se entiende por qué se presenta este delito como un delito “contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, por qué se vincula a otras figuras -las de los subtipos agravados- que sí protegen a los ciudadanos extranjeros y por qué no se delimita claramente con respecto al delito del art. 313.1 CP y a la infracción administrativa del art. 54.1 b) de la LO 4/2000. Por otra parte, tampoco 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. Si el interés último es controlar la inmigración y proteger el orden socioeconómico de nuestro país, no se entiende tampoco por qué no se tipifica directamente la conducta del propio inmigrante que entra de manera ilegal⁷⁹. Es difícil apreciar la diferencia valorativa que existe entre la conducta del inmigrante y la de quien presta la ayuda. Piénsese, por ejemplo, en el caso en el que alguien intenta cruzar la frontera con una persona que no está autorizado para ello. La amenaza contra el bien jurídico vendría producida por ambos sujetos. En otros casos la diferencia es todavía más sutil. Imagínese que un grupo de inmigrantes deciden utilizar una patera para llegar a nuestro país y que el conductor de la misma tiene intención de quedarse. Sería un caso equiparable al de dos inmigrantes que intentan cruzar la frontera conduciendo un vehículo. El conductor del vehículo podría verse igualmente como un inmigrante o como alguien que favorece la entrada de otro

⁷⁹ Como ocurre, por ejemplo, en países como Francia o Alemania. Cfr. la exposición de la regulación existente en estos y otros países de nuestro entorno jurídico realizada por Pérez Cepeda, *Globalización*, pp. 132 y ss.; y de León Villalba, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, pp. 162 y ss.

inmigrante. Lo que se demuestra con estos ejemplos es que la responsabilidad del conductor o de quien ayuda al inmigrante difícilmente puede valorarse de una manera diferenciada sin atender a la relación que tiene con el inmigrante. Sin una relación de dependencia o una relación que, en general, haga pensar en un abuso sobre el inmigrante, la valoración de la conducta del inmigrante y de quien le ayuda parece que debería ser la misma. Si se establece alguna diferencia es porque se desea mantener la imagen del inmigrante como una víctima, cuando lo cierto es que el delito lo que pretende evitar es la propia entrada y permanencia del inmigrante⁸⁰. Si, como afirman quienes defienden la regulación actual⁸¹, se pretende realmente luchar contra la inmigración ilegal para combatir las mafias que se aprovechan de los inmigrantes, no se entiende por qué no se define la conducta delictiva centrando la atención en ese abuso o esa explotación del inmigrante y no en el carácter ilícito de su entrada o permanencia en España.

Estos problemas hacen pensar que no basta con identificar el bien jurídico protegido con el control de los flujos migratorios o la defensa del actual modelo socioeconómico, sino que debe de haber además otros elementos que permitan completar la interpretación de esta figura. En ello se entrará más adelante, al llevar a cabo la valoración conjunta de la regulación jurídico-penal en materia de inmigración. Antes conviene realizar el análisis del otro sector de la regulación que se destacaba al principio.

⁸⁰ Este aspecto es especialmente delicado porque si bien, por un lado, al no castigarse la conducta del propio inmigrante, se consigue una regulación más favorable que la de países como Francia o Alemania, por otro lado, dado que la conducta del inmigrante, desde el punto de vista valorativo, es equiparable a la conducta de quien presta la ayuda, se puede llegar a dar la impresión de que no se está reconociendo al inmigrante como posible destinatario de la norma, contribuyendo de ese modo a su exclusión. Cf r. infra. nota 184.

⁸¹ Así, claramente, el antiguo Secretario de Estado de Extranjería, Jaime I. González, en Martín Pallín (dir.), *Extranjeros y Derecho penal*, p. 27, quien entiende que “[a]lentar o, simplemente, mantener actitudes permisivas ante la inmigración ilegal es tanto como dar cobertura a las situaciones de explotación y de tráfico de personas. Y supone, a fin de cuentas, dar un balón de oxígeno a las mafias que, transgrediendo los principios y derechos humanos más esenciales, se valen, sin escrúpulo alguno, de la situación de vulnerabilidad con el único y exclusivo objetivo de lucrarse”. Claramente crítica con este planteamiento Gascón Abellán, “Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración”, *JpD*, nº 40, 2001, pp. 3 y ss., p. 6, para quien “el argumento parte de una premisa trucada o que está por demostrar: la de que las leyes generosas incentivan la existencia de mafias. Y es que si lo que hacen las mafias es aprovechar la ley para su lucrativo negocio, hay que suponer que lo harán en todo caso. Es decir, también una legislación de extranjería poco ventajosa para los inmigrantes podrá ser torticeramente aprovechada por estas redes para, con falsas promesas, enrolar a una población desinformada y necesitada en la ruta hacia la tierra prometida; más aun, no parece descabellado pensar que son precisamente las políticas migratorias restrictivas el caldo de cultivo de las mafias”.

2.- La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP).

2.1.- Introducción.

A continuación se llevará a cabo un análisis de la expulsión del art. 89 CP como institución jurídico-penal. En este contexto, aparte de mecanismos informales de trato diferenciado en la actuación de los órganos de persecución penal, el sistema jurídico-penal formal presenta una reacción específica frente a este colectivo desde la Ley de Extranjería de 1985: la expulsión del territorio español como medida que se aplica con posterioridad a la comisión de un delito. El ámbito de aplicación de la expulsión de extranjeros ha ido *in crescendo*⁸² desde aquel momento; fue incluida en el Código penal de 1995 en su art. 89 y sufrió una profunda reforma mediante la LO 11/2003. En todo caso, como se verá, no puede ser éste un análisis que siga los patrones habituales, porque el contexto político-legislativo de la introducción de la regulación resulta fuera de lo común. En efecto, después de la consideración de la evolución de la regulación positiva, de las manifestaciones en la doctrina y de las primeras resoluciones judiciales que aplican la versión actualmente en vigor de la institución, se tiene una sensación de extrañeza: en lugar de un diálogo en el que vayan entrecruzándose diversas valoraciones sobre la institución, lo que se encuentra son discursos monológicos aislados y mantenidos en lenguas distintas⁸³. La doctrina científica adopta expresamente una posición crítica⁸⁴

⁸² Con excepción de que como medida jurídico-penal -aquí no se abordará la medida administrativa de expulsión; cfr. sobre este sector normativo sólo Velasco Caballero, "Expulsión administrativa, devolución, retorno y otras «salidas obligatorias»", en Pomed Sánchez / Velasco Caballero, Ciudadanía e inmigración, 2003, pp. 301 y ss., con referencias-, la expulsión queda limitada desde 1995 a los extranjeros sin status de residencia administrativa regular; vid. los textos normativos infra 2. Presta especial atención a las relaciones entre expulsión administrativa y penal Cugat Mauri, "La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho penal", en RDPP, n° 6, 2001, pp. 23 y ss.

⁸³ Y ello, como se verá a continuación en el texto, en un grado extremo, que excede con mucho de la falta de relevancia pública que cabe calificar de habitual de las opiniones "expertas" de la doctrina científica; sobre esta evolución vid. recientemente el análisis de Díez Ripollés ("El nuevo modelo de seguridad ciudadana", en JpD, n° 49, 2004, pp. 25 y ss., 36 y ss.), tan pesimista como, probablemente, ajustado a la realidad.

⁸⁴ Y las reacciones que se van produciendo acerca de la última reforma suben aún un peldaño el tono de su crítica: cfr. sólo, de momento, el juicio sobre la nueva redacción del art. 89 CP formulado por una autora que se ha ocupado en varias ocasiones de la cuestión: "queda claro su carácter de mero instrumento ejecutor de una política incoizadora decidida a deshacerse a toda costa de cuanto extranjero irregular infrinja las leyes penales de nuestro país" (Laurenzo Copello, JpD, n° 50, 2004, p. 30); con carácter general sobre el componente de "protección de los extranjeros" en la reforma opina González Cussac ("La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal", en Revista Xurídica Galega, n° 38,

respecto de la regulación de la expulsión, prácticamente sin excepción alguna⁸⁵. El legislador, por su parte, tácitamente se limita a crear nuevas realidades normativas, sin fundamentación alguna⁸⁶ -o con justificaciones que no pasan de ser meras reafirmaciones de prejuicios xenófobos corrientes⁸⁷-.

En este sentido, puede hablarse por parte del legislador que decidió la introducción de la expulsión en el CP de 1995, y, sobre todo, del que aprobó la última reforma, de una “argumentación oculta”, ante la ausencia de justificaciones explícitas. Esta situación atípica afectará necesariamente a la exposición que sigue: después de un recordatorio de la evolución legislativa reciente de la institución (*infra* 2), se intentará reconstruir un debate de las diversas justificaciones implícitas en los hechos legislativos: un ejercicio de esgrima frente al espejo, con toda su extraña apariencia (*infra* 3). Esta reconstrucción arrojará como resultado la conclusión de que los esquemas explicativos propuestos para aprehender la institución resultan insuficientes para describir de modo completo el verdadero significado de la expulsión (*infra* 4).

2.2.- Evolución legislativa.

a) El primer antecedente relevante⁸⁸ para la actual institución de la expulsión de ciudadanos extranjeros en Derecho penal español está en una norma ubicada fuera del Código penal, el art. 21.2 párr. 2º de la primera Ley de Extranjería

2003, p. 32) que “bajo esta rúbrica tan sugerente, no obstante se contienen varias medidas de escasa sensibilidad con los derechos humanos, incluidos los de los inmigrantes extranjeros indocumentados, así como varias cuya justificación funde la inutilidad con el esperanto”.

⁸⁵ En particular, no hay, en lo que se alcanza a ver, manifestaciones abiertas y globalmente favorables a la regulación introducida en la LO 11/2003 formuladas por agentes a los que se suponga alguna cualificación técnica; cfr., sin embargo, las manifestaciones (de 2.8.2004, recogidas por la agencia EFE) de José Manuel Suárez Robledano, portavoz de la Asociación Profesional de la Magistratura (APM), contrario a una eventual reforma del artículo 89 del Código Penal en la redacción introducida en 2003, ya que supondría que “los delincuentes extranjeros cumplan sus condenas en cárceles españolas”. Esto agravaría, en su opinión, “el problema penitenciario” que sufre España, en referencia al elevado número de presos que actualmente están internados en las cárceles.

⁸⁶ Cfr. *infra* en nota 126 las referencias a la (pobre) discusión parlamentaria previa a la aprobación del CP 1995.

⁸⁷ Cfr. a continuación en el texto sobre la fundamentación de la medida contenida en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003.

⁸⁸ Cfr. respecto de otros antecedentes, por ejemplo, Monclús Masó, “La expulsión de extranjeros como sanción penal encubierta”, en *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales* (SN), Universidad de Barcelona, nº 94, 2001, en <http://www.ub.es/geocrit/sn-94-34.htm#1>; Flores Mendoza, “La expulsión del extranjero en el Código penal español”, en Lorenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 97 y ss., 98 y ss.

(LO 7/1985), que estableció la siguiente regulación para la expulsión como sustitutivo de la pena⁸⁹:

“Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta”.

b) La expulsión de extranjeros fue incorporada, en un segundo paso, al articulado del CP 1995 en el art. 89⁹⁰, con una regulación materialmente más amplia⁹¹ -con la excepción de que la regulación se limitó a partir de entonces a los extranjeros sin residencia legal-⁹²:

⁸⁹ El primer párrafo del art. 21.1 LOEx 1985 contemplaba una medida de sustitución del proceso penal: “Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1.”; esta posibilidad subsiste en el momento actual en el art. 57.7 LOEx 4/2000, reformado por LO 8/2000: “7. Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador. No serán de aplicación las previsiones contenidas en el párrafo anterior cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código penal. En el supuesto de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España y que fueren condenados por sentencia firme, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal. 8. Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad.”; cfr. sobre esta modalidad de expulsión sólo Cugat Mauri, RDPP, nº 6, 2001, pp. 27 y ss.; Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 24 y ss., 28 y ss.; López Muñoz, “La incidencia de la jurisdicción en el procedimiento de expulsión de extranjeros que han cometido delitos en España”, en AP, nº 22, 2003-2, pp. 567 y ss. El análisis a llevar a cabo en el presente texto se referirá a la expulsión como medida sustitutiva de la pena (art. 89 CP); en todo caso, la argumentación afecta también, y en términos paralelos, a esta modalidad.

⁹⁰ Cfr. las referencias a la discusión parlamentaria infra en nota 126.

⁹¹ Téngase en cuenta que, a pesar de que la pena a la que se remite el art. 21.2 LOEx 1985 -prisión menor- podía alcanzar hasta los seis años de reclusión, la regulación de la LOEx 1985 se refería a la pena en abstracto y ello dentro del sistema de penas del Cp TR 1973, cuyas penas nominales diferían -en virtud de la aplicación de determinados beneficios penitenciarios, como es sabido- notablemente de las actuales en cuanto a su efectiva ejecución.

⁹² Para calibrar los efectos de la medida debe tenerse presente también que en virtud de la Directiva 2001/40/CE, la expulsión se extiende a todo el territorio de los Estados parte del espacio Schengen.

Art. 89: “1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado. 2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa”.

c) Finalmente, sobre todo a través de la LO 11/2003, se produce una reforma profunda del precepto que, como se intentará mostrar, cambia de modo decisivo la orientación de la institución:

Art. 89. 1. “Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal. La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente. 2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena. 3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores

será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. 4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal”.

2.3.- “Argumentaciones” ocultas en la discusión de política legislativa y “reacciones” de la teoría.

2.3.1.- Prisión como “permanencia en España”.

El primer argumento que puede calificarse de “oculto” -por su deficiente formulación, como se verá- está en la idea de que la expulsión debe servir para evitar que haya extranjeros que cometan infracciones criminales con el único fin de asegurar su permanencia en territorio español a través del correspondiente proceso penal (y, en su caso, del cumplimiento de la correspondiente condena a una pena privativa de libertad): “algunos extranjeros podrían llegar a cometer determinadas infracciones penales para evitar (o, cuando menos, retrasar) la expulsión de territorio español”, convirtiendo así el delito en un “mecanismo defraudatorio de la política común inmigratoria”⁹³. Este “fraude de ley” se evitaría mediante la institución de la expulsión: “en definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España, quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto”⁹⁴.

En primer lugar, como parece lógico, para tomar en cuenta esta argumentación sería necesario contar con una base empírica que confirme que, efectivamente, existe (y en qué términos cualitativos y cuantitativos) el fenómeno de la comisión de infracciones criminales con el fin de poder permanecer en territorio español. Pues la argumentación no pasa, en este punto, de la afirmación apodéctica

⁹³ Roma Valdés, “La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de los delincuentes extranjeros”, en AP, n° 45, 1999, pp. 849 y ss., 853.

⁹⁴ Así se afirma en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003; hacen suya esta expresión, sin mayor fundamentación, Hernández Hernández, en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), Código penal comentado, tomo I (arts. 1 al 318 bis), 2004, p. 316; Paz Rubio, “Expulsión de extranjeros”, en Martín Pallín (dir.), Extranjeros y Derecho penal, pp. 79 y ss., 85; cfr. en esta línea también la argumentación del entonces secretario de Estado de Extranjería Jaime I. González, op.cit., pp. 31 y s.; vid. ya el anuncio efectuado por el entonces presidente del gobierno Aznar López en su discurso en el debate sobre el estado de la nación de 16.7.2002: “con esto [la reforma introducida posteriormente en LO 11/2003] se eliminará el contrasentido de que delinquir sea una manera de dificultar o impedir la expulsión”.

acabada de transcribir. En este contexto, en principio, parecería razonable pensar en la posibilidad de que se produjera ese fenómeno, aunque, desde luego, sólo respecto de alguna infracción de menor relevancia⁹⁵. Pero, en segundo lugar, lo que no está nada claro es qué puede tener que ver el establecimiento generalizado de la expulsión como consecuencia jurídica estándar para el colectivo de extranjeros sin residencia legal con el fin de evitar esos supuestos delitos instrumentales, si se tiene en cuenta que desde la primera LOEx de 1985 existe la posibilidad de tomar la medida de expulsión *administrativa* como alternativa al proceso penal en su conjunto⁹⁶, una previsión que es más que suficiente, como parece evidente, para evitar este tipo de fenómenos.

2.3.2.- Coste económico penitenciario.

La segunda línea de argumentación “oculta” que parece estar en la base de la institución de la expulsión puede identificarse con la idea de que supone un gravamen (económico y, en general, de medios) intolerable para el sistema penitenciario español la presencia de numerosos internos extranjeros en sus centros de reclusión. Al igual que en la primera de las ideas implícitas para la fundamentación de la regulación, en el caso de esta consideración, en lo que se alcanza a ver, no existe una argumentación “ortodoxa”, en la que se explicita en qué términos se maneja esta imagen de vaciamiento de las cárceles españolas como justificación de la institución de la expulsión. Aparecen tan sólo menciones tangenciales -críticas o afirmativas- que aluden al argumento, dando por sentado que el legislador lo tomó como base para el establecimiento o la ampliación de la institución de la expulsión: “parece reflejarse en estos preceptos el deseo de descongestionar los establecimientos penitenciarios”, reduciendo el número de internos extranjeros⁹⁷; la expulsión “encierra también un claro fundamento *económico*, pues con ella se pretende paliar los ingentes costes que los presos extranjeros están haciendo soportar a nuestro Erario Público”⁹⁸;

⁹⁵ Lo que Asúa Batarrita (en Laurenzo Copello [coord.], *Inmigración*, p. 55) denomina “casos de picaresca”; vid. también Palomo del Arco, en Granados Pérez (dir.), *La criminalidad organizada*, p. 204. Pues no puede pensarse seriamente que se produzca la comisión de una infracción con la intención de ingresar en prisión durante un tiempo prolongado, es decir, en la imagen de un infractor que prefiera una prolongada estancia en prisión a la libertad con tal de permanecer en territorio español (además: para después ser expulsado).

⁹⁶ Cfr. el actual art. 57.7 LOEx (después de las modificaciones introducidas mediante la LO 8/2000) y el análisis de Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 28 y ss.

⁹⁷ Manzanares Samaniego, en Conde-Pumpido Ferreiro (ed.), *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I, 1997, pp. 1287 y ss., 1289 y s.

⁹⁸ Serrano Butragueño, en del Moral García / Serrano Butragueño, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, tomo I (arts. 1 a 137), 3ª edición, 2002, p. 1033.

el objetivo del precepto es “el de reducir el número de internos extranjeros en los centros penitenciarios españoles”⁹⁹; “la motivación principal de la medida de expulsión... no responde a finalidades de la pena, sino a intereses económicos y de política penitenciaria, para disminuir el número de penados extranjeros”¹⁰⁰.

Parece evidente que tampoco este argumento puede -y ello al margen de su formulación subrepticia- ser tenido seriamente en cuenta. Del mismo modo que ocurre con carácter general respecto de las relaciones entre delincuencia e inmigración en el debate político español (y de otros países europeos), en este ámbito los niveles de concreción de las afirmaciones manejadas en la comunicación pública no suelen pasar del correspondiente a “opiniones estereotipadas y prejuiciosas”¹⁰¹. En primer lugar, porque su formulación implicaría como paso previo un análisis serio¹⁰² del porcentaje de detenidos, condenados e internos extranjeros, análisis que tuviera en cuenta los elementos diferenciales de carácter socio-económico¹⁰³ concurrentes en la población extranjera que

⁹⁹ Gracia Martín/Alastuey Dobón, en Gracia Martín (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, 2004, p. 323; aluden también a la cuestión, por ejemplo, Landrove Díaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª edición, 1996, p. 72; Manzanares / Cremades, *Comentarios al Código penal*, 1996, p. 47; Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, 1996, p. 109; de Lamo Rubio, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, 1997, p. 486; Izquierdo Escudero, “Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 106/1997 de 17 de abril”, en *La Ley*, 1997-5, p. 1862; Rodríguez Candela, “La expulsión del extranjero en el nuevo Código penal”, en *JpD*, nº 33, 1998, p. 59; Roma Valdés, *AP*, nº 45, 1999, pp. 849 y ss., 854; Serrano Pascual, *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, 1999, p. 389; Peris Riera/Madrid Conesa, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III (arts. 24-94), 2000, pp. 1202 y ss., 1203 y s.; Sanz Mulás, *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, 2000, pp. 364 y s.; Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 55 y ss., 91; Flores Mendoza, *ibidem*, p. 108; Piñol Rodríguez, en Suárez/Mira/Rodríguez (coord.) et al., *Manual de Derecho Penal I. Parte General*, 2002, p. 457; de Vicente Martínez, “Derecho sancionador en materia de extranjería”, en de León Villalba (coord.), *Derecho y prisiones hoy*, 2003, p. 162; también la STS 901/2004, de 8 de julio (f.j. 2º).

¹⁰⁰ AAP Cádiz (con sede Ceuta, secc. 6ª) 4.2.2004.

¹⁰¹ García España, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 131 y ss., 133. Cfr., a modo de ejemplo (paradigmático), el análisis (firmado por M. Cuellar) de las burdas manipulaciones de datos estadísticos contenidos en un informe de una de las organizaciones sindicales de funcionarios de prisiones (ACAIP, Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias) llevadas a cabo en el diario *La Razón* de 31.10.2004 (titular: “Seis de cada diez nuevos reclusos que ingresan en prisión son ya extranjeros”) en: www.globalizate.org/razon311004.html; cfr. también supra las referencias en la nota 94.

¹⁰² Cfr. en esta línea García España, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 133 y ss. (respecto del volumen de la delincuencia de extranjeros) y 161 y ss. (respecto de los extranjeros internos en centros penitenciarios); vid. también Herrero Herrero, “Migración de extranjeros. Su relación con la delincuencia. Perspectiva criminológica”, en *AP*, nº 9, 2003, pp. 233 y ss.

¹⁰³ Vid., por ejemplo, García España, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 133 y ss., 137 (diferente composición de edades de la población inmigrante); 161 y ss., 167 y ss. (diferencias en los

deben ser considerados para valorar los datos porcentuales, y, muy especialmente, las circunstancias personales propias de los inmigrantes¹⁰⁴, que conducen en muchos casos al ingreso en prisión preventiva o a que no haya suspensión condicional de la condena. En segundo lugar, porque no existe evidencia empírica alguna, en lo que se alcanza a ver, de que la expulsión, incluso masiva, de residentes irregulares infractores disminuya las cifras de internos (extranjeros¹⁰⁵). En tercer lugar y sobre todo, porque, como es evidente, aunque se constatará la existencia de un número relativo muy elevado de penados con nacionalidad extranjera y carentes de residencia legal, nada estaría dicho con ello respecto de que la solución adecuada en términos normativos sea la expulsión: también supondría un evidente alivio para el sistema penitenciario descriminalizar de modo selectivo infracciones cometidas masivamente, como el hurto, para los ciudadano pelirrojos o rubios. Lo absurdo de la “idea” impide seguir considerándola¹⁰⁶.

2.3.3.- (Especiales) dificultades de reinserción.

El tercero y último de los argumentos “ocultos” -y, posiblemente, el de mayor peso- estriba en justificar la expulsión respecto del colectivo de extranjeros sin residencia legal con la afirmación de que resulta más difícil alcanzar la reinserción como fin de la pena en el caso de extranjeros sin *status* jurídico regular, ya que carecen de arraigo en España (o, dicho de otro modo, desde la perspectiva del

porcentajes de prisión provisional); 179 y ss. (diferencias en la libertad condicional); vid. sobre la cuestión también, por ejemplo, Asúa Batarrita, *ibidem*, p. 56; Gómez Inieta, “Delincuencia e inmigración”, en de León Villalba (coord.), *Derecho y prisiones hoy*, pp. 131 y ss., 137 y ss., 142 y ss., 147; Herrero Herrero, AP, nº 9, 2003, pp. 233 y ss., 258 y ss.; Paz Rubio, en Martín Pallín (dir.), *Extranjeros y Derecho penal*, p. 84; Young, *La sociedad “excluyente”*, pp. 178 y s.; desde una perspectiva más amplia, cfr. el análisis de estas distorsiones en la representación de la relevancia de la delincuencia de grupos sociales determinados hecho por Brandariz García, en Faraldo Cabana (dir.)/Brandariz García/Puente Aba (coord.), *Nuevos retos*, pp., 41 y ss., con ulteriores referencias.

¹⁰⁴ Aunque no sólo éstas, sino también la orientación de la intervención de los órganos de persecución penal, que en ocasiones se organiza centrándose de modo desproporcionado (a lo que las necesidades operativas de policía preventiva darían lugar) en el colectivo (excluido) de inmigrantes sin residencia legal: “También la organización de control de la violencia, la policía, se rige... de modo prioritario por el status que otorgue inclusión o exclusión, y no por el Derecho” (Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 585).

¹⁰⁵ Es más, como se expondrá más adelante -cfr. infra III.4.a)- y resulta evidente, la regulación de la expulsión introducida por la LO 11/2003 puede tener el efecto de invitar a ciertos autores extranjeros a cometer determinadas infracciones en territorio español con reiteración, ante la seguridad de ausencia de cualquier sanción que no sea la repatriación.

¹⁰⁶ Otros argumentos (de carácter ético-político) en Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 55 y s.

sujeto: que este colectivo está compuesto por individuos más peligrosos, con peor pronóstico, que los demás): “[los penados extranjeros] ...son los que tienen mayores problemas de adaptación y sobre los que es más difícil verificar una labor de reinserción o resocialización”¹⁰⁷.

De nuevo -como respecto de los argumentos relativos a la permanencia en España y al coste económico- habría que exigir como presupuesto indispensable para poder debatir una posible justificación de la institución en estos términos una mínima base empírica seria que sustente la mera afirmación, y que, en particular, tenga en cuenta las especiales características socio-económicas de este colectivo, marcado específicamente por su situación de irregularidad administrativa¹⁰⁸. En este sentido, en ocasiones incluso se da por sentado que los extranjeros sin residencia legal son más peligrosos -lo que justificaría su expulsión- precisamente por la situación de marginación económico-social en la que se encuentran¹⁰⁹.

Dejando de lado las implicaciones generales que tal modo de pensar puede tener para el conjunto del sistema penal¹¹⁰, no es éste, sin embargo, el punto decisivo en esta cuestión, y por ello no sorprende la ausencia de interés de los promotores de la expulsión por contar con una base fáctica que sustente su argumentación. Pues no se trata de que el colectivo en cuestión tenga peor o mejor pronóstico con carácter general, sino de *cortar el acceso* de raíz de los integrantes de ese colectivo, sin distinción alguna, a una evaluación de su peligrosidad criminal. No es que no sea posible reinsertar a los extranjeros sin situación administrativa de permanencia regular, sino que, desde un principio, se excluye respecto de ellos tal fin de la (ejecución de la)

¹⁰⁷ AAP Cádiz (con sede Ceuta, secc. 6ª) 4.2.2004; hacen uso de una argumentación similar, por ejemplo, Manzanares/Cremades, Comentarios, p. 47; Serrano Butragueño, en del Moral García/Serrano Butragueño, Código penal 3 t. I, pp. 1032 y s.; Manzanares Samaniego, en Conde-Pumpido Ferreiro (ed.), Código penal t. I, pp. 1287 y ss., 1290; Roma Valdés, AP, nº 45 (1999), pp. 849 y s., 854; crítica con esta perspectiva Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), Inmigración, p. 57, nota 64.

¹⁰⁸ Cfr. las referencias hechas supra en n. 75.

¹⁰⁹ Así, afirma Serrano Butragueño (en del Moral García / Serrano Butragueño, Código penal 3 t. I, pp. 1032 y s.) que uno de los fundamentos de la expulsión es “indudablemente... la seguridad, que se puede ver más fácilmente amenazada por los delincuentes extranjeros carentes de residencia legal en España, y, probablemente, carentes también de trabajo, de dinero, de domicilio fijo, de arraigo familiar...”.

¹¹⁰ Partiendo de lo afirmado en la cita contenida en la nota anterior, nada impide pensar en establecer expresamente (con carácter general, no sólo para los extranjeros sin residencia legal) la (mala) situación socio-económica de un (presunto) infractor, por ejemplo, como razón tasada para ingresar en prisión preventiva (en el paro, pobre, sin domicilio estable, soltero y sin familia: más peligroso, en todo caso).

pena. Hay múltiples indicios en la última reforma del art. 89 CP de que esto es así¹¹¹: en esa dirección apuntan, en particular, la supresión del trámite de audiencia del condenado (no interesa ni saber cuál es la situación a efectos de reinserción¹¹²), la exclusión radical, para todos los delitos, de los mecanismos de sustitución previstos en los arts. 80, 87, 88 CP¹¹³ y, sobre todo, el automatismo de la sustitución¹¹⁴, con la única cláusula salvatoria de que haya

¹¹¹ Aparte de que ello se ve confirmado por la “enorme proximidad de las nuevas redacciones de los artículos 89 y 108 CP, que obvian casi por completo la distinción entre penas y medidas” (Sanz Morán, RDP, nº 11, 2004, p. 39); ya con relación a la regulación inicial del CP 1995 Cugat Mauri (RDPP, nº 6, 2001, pp. 31 y ss.): “...como prueba de que con esta medida se renuncia a un pleno desarrollo del significado de la prevención especial... basta recordar que incluso las medidas de seguridad de internamiento terapéutico pueden ser sustituidas por la expulsión”.

¹¹² Muy crítica fue la postura a este respecto del CGPJ, Informes, p. 155, invocando la STC 242/1994, según la cual se trata no sólo del derecho ex 24 CE, sino del derecho ex 19 CE en conexión con art. 13 PIDCP. Esta argumentación es recogida expresamente ahora por la importante STS 901/2004, de 8 de julio (f.j. 2º): ante una decisión de expulsión tomada con base en la nueva redacción del art. 89 CP por el tribunal a quo (SAP Madrid [secc. 1ª] 19.11.2004: en un caso de delito contra la salud pública, se acordó la expulsión en sustitución de una pena privativa de libertad de tres años, sin examen alguno de la situación personal de arraigo del sujeto y sin otorgarle audiencia: es decir, aplicando lo dispuesto en el precepto), el TS casa la decisión de expulsión por no haber otorgado audiencia al penado. Para justificar esa decisión, el TS afirma que “parece imprescindible ampliar la excepción [art. 89.1 CP] de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar, para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión”. En opinión del TS, tal conclusión deriva de lo dispuesto en el CEDH y de la jurisprudencia del TEDH, que cita con cierto detalle, y de la jurisprudencia constitucional española (propone el establecimiento de un trámite de audiencia en el acto del juicio oral, de modo paralelo a la línea del TS, y directamente en virtud del art. 13 PIDCP, López Lorenzo, “La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”, en *La Ley Penal* (LLP), nº 9, 2004, pp. 31 y ss., 45). En este sentido, afirma el TS, “es evidente que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional”. Desde el punto de vista aquí adoptado, lo evidente es que parece tan clara la corrección jurídico-constitucional de la argumentación del TS como claro que su (re-)lectura vulnera directa y frontalmente la voluntad de la Ley: el legislador de la LO 11/2003, como el propio TS advierte en su sentencia, quiso cambiar de (habría que decir, desde el punto de vista aquí adoptado: ahondar en la) orientación la regulación. Eliminó conscientemente el trámite de audiencia -como, en general, cualquier posible referencia preventivo-especial- que antes existía, de modo que si el TS califica de “lectura constitucional” su reintroducción jurisprudencial, es claro que está actuando, más allá de la legalidad ordinaria, en clave constitucional, de legislador negativo. Y entonces, lo que sucede es que “un órgano judicial consider[a]... que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depend[e] el fallo, pued[e] ser contraria a la Constitución” (art. 163 CE), de modo que lo que debe hacer es plantear la cuestión de constitucionalidad. En sentido similar sobre el significado de la sentencia, afirmando que el TS se habría visto obligado a hacer de legislador -si bien considerando, según parece, que el TS actuó correctamente, y que la responsabilidad por esta situación corresponde al legislador-, cfr. Paz Rubio, “Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional”, LLP, nº 10, 2004, p. 81.

¹¹³ Hernández Hernández, en Conde-Pumpido Ferreiro, CPcom, t. I, p. 316) estima que la exclusión es coherente con la finalidad de la reforma de evitar “que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España” (vid. supra III.2.A); para Muñoz Conde/García Arán (*Derecho penal. Parte General*, 6ª edición, 2004, p. 569), “el trato es claramente discriminatorio”.

¹¹⁴ Al margen de que es indicativo de una gran desconfianza del legislador de la LO 11/2003 frente a los integrantes del Poder Judicial, como subraya Maqueda Abreu, “Crítica a la reforma penal anunciada”, en JpD, nº 47, 2003, p. 9.

razones ínsitas en la infracción -que no en el penado- que excepcionalmente aboguen por la ejecución de la pena privativa de libertad. Y es que, en realidad, la argumentación sobre un mejor o peor pronóstico de criminalidad de un determinado colectivo social es completamente independiente del análisis personal correspondiente a la situación de cada individuo¹¹⁵. La reinserción es un concepto que viene referido a la realidad del sujeto, no a su situación administrativa: precisamente por esto, la cláusula excepcional que permite dejar sin aplicación la expulsión del art. 89.1 CP ha sido sometida a crítica, afirmando que persigue sólo dejar un resquicio para el cumplimiento aludiendo expresa y conscientemente sólo a la “naturaleza del delito”, y *no* a alguna causa que tuviere que ver con las circunstancias del extranjero condenado¹¹⁶: esa cláusula “en nada se relaciona con las circunstancias personales o familiares del penado”¹¹⁷. Por otro lado, esta radical exclusión de consideraciones de índole individual queda manifestada en el hecho de que el mecanismo de expulsión contrasta también radicalmente con la existencia de numerosos convenios orientados al traslado de personas condenadas a su país de origen para que cumplan la pena privativa de libertad¹¹⁸; parece evidente que éstos directamente se convierten en papel mojado¹¹⁹ si el ordenamiento jurídico español opta por la expulsión (y cuando no hay convenio es que la situación penitenciaria y general del país en cuestión es intolerable, por lo que, precisamente, la expulsión sería mayor pena¹²⁰). A este respecto, entonces, cabe concluir que la afirmación de que resulta más difícil la reinserción para el colectivo de extranjeros sin residencia legal se convierte, al menos desde la entrada en vigor de la reforma introducida en la LO 11/2003, en una auténtica *self-fulfilling prophecy* por ministerio de la

¹¹⁵ Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, p. 57.

¹¹⁶ Hay que entender que esta limitación se produjo de manera consciente por parte del legislador, ya que el propio informe del CGPJ -es decir, el aprobado por la mayoría de vocales ese órgano- frente al anteproyecto que contenía la redacción convertida en Ley mediante la LO 11/2003 señaló críticamente que ello suponía olvidar “las posibles e importantes circunstancias personales que pueden concurrir y a las [que] alude el art. 57.5. de la LO 4/2000” (CGPJ, *Informes*, p. 154).

¹¹⁷ Laurenzo Copello, *JpD*, nº 50, 2004, p. 30.

¹¹⁸ Cfr. Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 20 y ss., 95; de Vicente Martínez, en de León Villalba (coord.), *Derecho y prisiones hoy*, p. 163.

¹¹⁹ Actuando así el Estado que expulsa de un modo insolidario desde el punto de vista internacional (así Cerezo Mir, *Estudios sobre la moderna reforma penal*, 1993, p. 207; Laurenzo Copello, *JpD*, nº 50, 2004, p. 31).

¹²⁰ Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 23 y s.

Ley: la reinserción resulta imposible porque lo impide, en todo caso, un texto positivo que no contempla esta finalidad¹²¹.

La opción de cortar de raíz cualquier posibilidad de análisis individualizado de los efectos del cumplimiento de la pena en comparación con los de la expulsión resulta especialmente llamativa si se tiene en cuenta que la medida de expulsión destaca precisamente por una especial *ambivalencia aflictiva* dependiendo de las circunstancias individuales del sujeto: la expulsión “no significa lo mismo para quien emigra por desesperación en busca de trabajo que para quien mantiene sobrados recursos en otro país y llega a España para ampliar las posibilidades de negocios clandestinos”¹²². También el Tribunal Constitucional parece partir con toda naturalidad de la necesidad de distinguir entre distintas situaciones, entre “una medida restrictiva de derechos”¹²³ en unos casos -cuando no hay acuerdo del sujeto- y el “beneficio consistente en evitar la privación de libertad personal”¹²⁴, cuando está en el interés del penado ser expulsado. De hecho, respecto de la regulación anterior, el empleo del arbitrio judicial -junto con la audiencia al reo como base para el ejercicio de dicha discrecionalidad- era el elemento central en diversas interpretaciones conservadoras de la institución: desde este punto de vista, sólo una adecuación al caso concreto permitiría una

¹²¹ Así lo reconoce expresamente también la circular 3/2001 de la Fiscalía general del Estado. Cfr. en este sentido, las manifestaciones críticas, vertidas ya respecto de la regulación original introducida en el CP 1995, por ejemplo, por Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito* 3, 1996, p. 108; Poza Cisneros, “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad”, en eadem (dir.), *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, CGPJ, 1996, p. 274; eadem, “Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudios teórico-prácticos de los arts. 80 a 94 del Código penal”, en CGPJ (ed.), *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, 1999, pp. 333 y s., 342 y s.; Prats Canut, en Quintero Olivares/Valle Muñiz, *Comentarios al nuevo Código penal*, 2ª edición, 2001, p. 495; Lascurain Sánchez, en Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.) et al., *ComCP*, p. 291; Serrano Pascual, *Las formas sustitutivas*, pp. 384 y ss., 389; Izquierdo Escudero, *LL* 1997 t. 5, p. 1862; Piñol Rodríguez, en Suárez-Mira Rodríguez (coord.) et al., *PG*, pp. 457 y s.; Palomo del Arco, en Granados Pérez (dir.), *La criminalidad organizada*, p. 209; López Lorenzo, *LLP*, n° 9, 2004, pp. 31 y ss., 44.

¹²² Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, p. 48, pp. 48 y ss., 53; cfr. también Gracia Martín/Alastuey Dobón, *Lecciones* 3, pp. 337 y s. con nota 119; Laurenzo Copello, *JpD*, n° 50, 2004, p. 30; Brandariz García, en Faraldo Cabana (dir.)/Brandariz García/Puente Aba (coord.), *Nuevos retos*, p. 47; con ulteriores referencias.

¹²³ STC 242/1994, f.j. 4º.

¹²⁴ ATC 33/1997, f.j. 2º; vid. también STC 203/1997: “se hace necesario, en primer lugar, distinguir entre, de una parte, la expulsión a instancia del interesado, en la que éste manifiesta su deseo y voluntad de que se le sustituya la pena por esa otra medida, y, de otra, la expulsión de oficio, decretada al margen de la voluntad del afectado, pues fácilmente se aprecia que la relevancia constitucional de los problemas que se plantean en uno u otro caso es bien distinta.” (f.j. 3º).

inserción legítima de la expulsión en el ordenamiento¹²⁵. Por otra parte, *last but not least*, debe recordarse que en las escasas manifestaciones habidas en el trámite parlamentario previo a la introducción de la medida en el CP de 1995, precisamente la necesidad de individualización fue la cuestión central tratada por los parlamentarios y el criterio que condujo a la modificación del texto original contenido en el proyecto de 1994¹²⁶.

¹²⁵ En este sentido, se ha afirmado que de lo que se trata con la reforma es de “abandonar la práctica excepcional -y razonablemente selectiva- que se viene realizando ahora de una medida tan inocuizadora, insolidaria y escasamente legítima como ésta” (Maqueda Abreu, JpD, nº 47, 2003, p. 9). En esta línea de pensamiento, ya se había llegado a insinuar, al menos, bajo la vigencia de la redacción original del CP 1995, que el art. 89 CP en su redacción anterior sólo era constitucional si se aplicaba de modo estrictamente orientado al caso individual, y no indiscriminado (así, por ejemplo, Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello [coord.], Inmigración, p. 52; Peris Riera / Madrid Conesa, en Cobo del Rosal [dir.], ComCP t. III, p. 1203; Poza Cisneros, en CGPJ [ed.], Problemas específicos, p. 343; Cugat Mauri, RDPP, nº 6, 2001, pp. 23 y ss., 30 y s., 36 y s.); téngase en cuenta, en este sentido, que la STC 242/1994, referida aún a la expulsión en su regulación de la anterior LOEx (art. 21.2 LO 7/1985), otorgó el amparo porque el reo no fue oído respecto de la medida. La STS 901/2004 de 8 de julio, mantiene ahora tal interpretación, especialmente, en lo que se refiere al trámite de audiencia como expresión de la individualización, y ello aún después de la entrada en vigor de la reforma introducida por la LO 11/2003; cfr. las consideraciones contenidas supra en nota 112.

¹²⁶ El proyecto de Ley de 1994 preveía en su art. 90 un desdoblamiento de la regulación en una expulsión preceptiva (para penas no superiores a dos años, oído el Ministerio Fiscal, sin mencionar expresamente una audiencia al penado; art. 90.1 P 1994) y en otra facultativa (“a instancia del Ministerio Fiscal”; la audiencia al penado se establecía, aparentemente, con carácter exclusivo para los supuestos de expulsión con posterioridad al cumplimiento de tres cuartas partes de la pena; art. 90.2 P 1994), para penas de dos a seis años. Frente a este texto, en el Congreso de los Diputados se plantearon enmiendas por parte del grupo parlamentario vasco (Partido Nacionalista Vasco), del grupo parlamentario federal Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya y del grupo parlamentario socialista (Partido Socialista Obrero Español) (cfr. el índice de enmiendas en Cortes Generales/Delgado-Iribarren García Campero [ed.], Ley Orgánica del Código penal. Trabajos parlamentarios, tomo I, 1996, p. 424). Las enmiendas planteadas por parte del g.p. vasco (PNV) (enmiendas 20, 21 y 203) se dirigían, por un lado, a reforzar las posibilidades de intervención de la representación del penado en la decisión (cfr. enmiendas 20 y 21, Trabajos parlamentarios I, p. 116: proponiendo la fórmula: “oídas las partes”), y, más allá, a establecer el acuerdo del penado en la medida (cfr. enmienda 203, Trabajos parlamentarios I, p. 167). El g.p. IU-IC (enmiendas 689, 690, 691; cfr. Trabajos parlamentarios I, pp. 291 y s.) propuso, por un lado, convertir en facultativa la medida de expulsión respecto de las penas de hasta dos años de duración (art. 90.1 P 1994; cfr. Trabajos parlamentarios I, pp. 291 y s.), y, por otro, suprimir las demás modalidades de la medida por considerarlas discriminatorias. Por su parte, el g.p. socialista (enmienda 594; cfr. Trabajos parlamentarios I, p. 269), a pesar que justificaba su propuesta formalmente como “mejora técnica”, se aproximó a las posiciones de los otros enmendantes al eliminar toda expulsión preceptiva (como reconoce el propio portavoz del PSOE, de la Rocha Rubí, en el debate en comisión, Trabajos parlamentarios I, p. 741). La enmienda 689 (g.p. IU-IC) fue aceptada e integrada en el texto del informe de la ponencia, y su portavoz (López Garrido, miembro entonces de aquella formación) subrayaba que su motivación iba “en el sentido de que siempre haya una valoración individualizada de las circunstancias del condenado” (en el debate en Comisión; Trabajos parlamentarios I, p. 737; cfr. la posición del PNV, en ese mismo sentido [Olabarria Muñoz], ibidem, pp. 738 y s.; por su parte, el entonces portavoz del PSOE, de la Rocha Rubí, elogió en parecidos términos materiales el consenso alcanzado en este punto: “Aquí no sólo se prevé la expulsión automática, sino que, a instancia de algunos otros grupos, se ha incluido que sea posible y se han establecido muchísimas más cautelas...” [ibidem, p. 741]). El texto aprobado en el Congreso de los Diputados se corresponde

Cabe concluir, entonces, que precisamente en este punto clave de una interpretación salvatoria del art. 89 CP¹²⁷ en su redacción inicial -la correcta individualización de la aplicación de la medida de expulsión- ha venido a colocar una carga de profundidad, como antes se ha expuesto, la reforma operada por LO 11/2003, a través de dos vías fundamentales: en primer lugar, estableciendo en el art. 89.1 Cp una expulsión indiscriminada y preceptiva de todo el colectivo, desde el infractor de tráfico primerizo que vive y trabaja en España desde hace años, hasta el profesional de la delincuencia organizada en un breve viaje “laboral” en Europa, con tal de que su condena sea inferior a seis años¹²⁸. En segundo lugar, incorporando al art. 89.2 Cp una prohibición de regreso indiscriminada e ingraduable en su extensión: siempre se pronunciará una prohibición de retorno de diez años de duración¹²⁹.

materialmente con lo que posteriormente se convirtió en el art. 89 CP 1995. En el trámite parlamentario en el Senado, tan sólo se presentaron dos enmiendas, por parte del grupo parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (PNV) y del grupo parlamentario popular en el Senado (Partido Popular) (cfr. Trabajos Parlamentarios, tomo II, p. 1901). La enmienda propuesta por el PNV (enmienda 54, cfr. Trabajos Parlamentarios, tomo II, p. 1699), en la misma línea de la n° 203 presentada en el Congreso de los Diputados, proponía establecer como requisito la conformidad del penado. La propuesta del PP, por el contrario, iba únicamente encaminada a limitar los supuestos de expulsión a casos en los que la pena no superara los dos años de prisión (enmienda 516, cfr. Trabajos Parlamentarios II, pp. 1830 y s.), aducándose en el debate en comisión -por parte de la senadora Vindel López- como justificación “razones de mejor política criminal”. Queda claro, entonces, cuál era la preocupación fundamental que fue expresada en el debate parlamentario: el establecimiento de mecanismos que permitieran la adaptación de la medida de expulsión a las condiciones individuales de cada penado (y, por parte del g.p. parlamentario popular en el Senado, la preocupación por una extensión indebida del ámbito de aplicación de la medida). En todo caso, si se consideran las posiciones, en 1995, de los grupos parlamentarios antes expuestas y se recuerda cuál fue la regulación aprobada, algunos años después, con un consenso notable, en la LO 11/2003, no parece exagerado hablar de una mutación espectacular de criterio.

¹²⁷ Paradigmática es la perspectiva adoptada por Poza Cisneros, en CGPJ (ed.), Problemas específicos, pp. 342 y s.: a pesar de que la regulación se ha establecido “en abierto conflicto” con las finalidades preventivo-especiales, el carácter facultativo de la sustitución en la redacción de 1995 abría la posibilidad de “introducir” este tipo de criterios.

¹²⁸ Lo que, como es evidente, resulta “paradójico” desde la perspectiva de la “integración” que la reforma de la LO 11/2003 dice perseguir hasta en el título de la norma (Sanz Morán, RDP, n° 11, 2004, p. 35); una decidida oposición a la generalización de la medida “cualquiera que sean las circunstancias personales y de arraigo”, se encuentra en el voto particular (vocal Comas D’Argemir et al.) al informe previo del Consejo General del Poder Judicial (en CGPJ, Informes, p. 175): “infringe el principio de proporcionalidad”; cercena “cualquier posibilidad de reinserción...” y cualquier integración social (ibidem).

¹²⁹ También esta decisión uniformizadora del legislador -al igual que la relativa al trámite de audiencia, cfr. supra nota 112- debe considerarse consciente, puesto que ya en el informe previo del Consejo General del Poder Judicial a la LO 11/2003 se afirmaba (CGPJ, Informes, p. 156) que la ausencia de graduación es contraria al “necesario respeto a los derechos humanos”, llegándose a decir en el voto particular de la minoría a dicho informe que la extensión unitaria vulnera incluso el principio de igualdad (voto particular [vocal Comas D’Argemir et al.], en CGPJ, Informes, p. 176). Y según Lorenzo Copello (JpD, n° 50, 2004, p. 30), la extensión única de la prohibición de regreso “refuerza” “la finalidad inocuizadora” de la regulación.

2.3.4.- Alguna conclusión provisional.

Puede decirse, en primer lugar, que desde el punto de vista aquí adoptado, los argumentos (o lugares comunes) que cabe identificar como base justificatoria de la concreta configuración penal de la medida de expulsión, por un lado, muestran una llamativa inconcreción en su formulación, y, por otro, carecen de toda fuerza de convicción una vez examinados con algo de detenimiento. En segundo lugar, puede afirmarse que la regulación positiva de la expulsión -y con mayor claridad la ahora vigente en virtud de la LO 11/2003- es de todo punto incompatible con la lógica de la individualización de las sanciones penales¹³⁰.

A la hora de identificar la etiología de esta regulación tan peculiar, los autores que se han manifestado al respecto constatan por lo general una sumisión de esta institución jurídico-penal a un elemento externo al Derecho penal: a una política de inmigración restrictiva¹³¹. Desde esta perspectiva, éste sería un “ejemplo paradigmático de la administrativización del Derecho penal”¹³².

¹³⁰ Cfr. las referencias supra en nota 121. En todo caso, ya no cabría oponer nada a esa impronta desde el punto de vista de la interpretación de la norma: menos el resquicio de la cláusula salvatoria del art. 89.1 CP -aprovechado de modo muy desigual en la jurisprudencia (como se expondrá a continuación en el texto) y limitado a consideraciones preventivo-generales-, ya no hay posibilidad de individualizar nada en el marco de la Ley; vid. también la valoración, en este sentido, de la STS 901/2004, de 8 de julio.

¹³¹ Así ya la STC 242/1994: la expulsión “no se concibe como modalidad de ejercicio del ius puniendi del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado... puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar” (f.j. 2º); vid. también la circular 3/2001 de la Fiscalía general del Estado: mediante la institución de la expulsión se persiguen “otros fines igualmente valiosos para el Estado, relacionados con su política de extranjería”.

¹³² Peris Riera/Madrid Conesa, en: Cobo del Rosal (dir.), ComCP t. III, p. 1206; así ya Prats Canut, en Quintero Olivares/Valle Muñiz et al., ComNCP1 (1996), pp. 490 y s.; idem, en: ComNCP2, pp. 496 y s.; se ha dicho en esta misma línea que la reforma de la LO 11/2003 intensifica la tendencia de “subordinar el derecho penal a las políticas de control de la inmigración” (Sanz Morán, RDP, nº 11, 2004, p. 38); que ahora “queda claro su carácter de mero instrumento ejecutor de una política inocuidadora decidida a deshacerse a toda costa de cuanto extranjero irregular infrinja las leyes penales de nuestro país” (Laurenzo Copello, JpD, nº 50, 2004, p. 30); que, en suma, la institución de la expulsión “...persigue exclusivamente objetivos de política de extranjería, entre los que se cuentan el de control de la inmigración ilegal” (Gracia Martín/Alastuey Dobón, Lecciones 3, p. 323); en sentido similar, también Paz Rubio, en Martín Pallín (dir.), Extranjeros y Derecho penal, p. 202. Vid. también, respecto de la regulación anterior, afirmando la sumisión de la institución a la política de extranjería, por ejemplo, Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco, Las consecuencias jurídicas del delito, p. 109; García Arán, Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995, 1997, p. 124; Piñol Rodríguez, en Suárez-Mira Rodríguez (coord.) et al., PG, p. 457; Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), Inmigración, pp. 26 y s., 54 y ss.; ya Eadem, “Política criminal y política de extranjería. La expulsión como sustitutivo de la respuesta punitiva ordinaria”, en AP, nº 42, 2001, pp. 1011 y ss.; Flores Mendoza, en Laurenzo Copello (coord.), Inmigración, p. 108; López Muñoz, AP, nº 22 (2003), p. 576.

Sin embargo, ésta no parece ser la única interpretación posible, o, dicho con mayor exactitud, no es una comprensión que explique por completo los contornos de la regulación jurídico-positiva: en efecto, hasta el momento, en lo que se refiere a la característica ambivalencia del contenido aflictivo de la medida, aquí sólo se ha aludido a uno de los lados de la cuestión, a la ausencia de consideración individualizada en atención al autor como déficit desde la perspectiva de la prevención especial (que conduce en muchos casos a imponer una medida desproporcionadamente grave). Sin embargo, también está la otra cara de la moneda: casos en los que la ambivalencia aflictiva de la expulsión en atención a las circunstancias personales del afectado conduce a una lenidad aparentemente inexplicable, a una auténtica renuncia al *ius puniendi*. Desde la perspectiva aquí adoptada, la consideración de este otro lado -que se aborda a continuación en el texto- puede abrir la visión para percibir otros elementos estructurales ínsitos en la institución de la expulsión.

2.4.- Aporías de la expulsión del art. 89 CP: la ambivalencia en la aflictividad y la insuficiencia de la tesis de la sumisión a la política de extranjería.

a) El hecho de que el importe de la medida de expulsión en moneda de dolor penal puede ser tan divergente, dependiendo de las circunstancias personales del penado -hasta el punto de poder resultar en un desastre vital o en un verdadero premio¹³³-, fue percibido desde el principio por la doctrina como un elemento incómodo y disfuncional. Ante la posibilidad de que la expulsión resulte en un beneficio perseguido por determinados autores -aquellos que carecen (realmente) de arraigo en España-, se ha advertido, por un lado, que la introducción de la medida de expulsión para infracciones que se hallan amenazadas de pena de hasta seis años de privación de libertad puede neutralizar todo efecto de prevención general de los preceptos en cuestión para el círculo de posibles autores¹³⁴.

¹³³ Recuérdese, además, la supresión de la amenaza de cumplir la pena sustituida en caso de quebrantamiento de la prohibición de volver a territorio español llevada a cabo por la LO 11/2003: sea rechazado su ingreso en territorio español en la frontera o sea aprehendido ya dentro del país, la única consecuencia es que se vuelve a poner a cero el reloj (único) de los diez años de prohibición de regreso (art. 89.3 CP).

¹³⁴ Vid., por ejemplo, este argumento en Manzanares/Cremades, Comentarios, p. 47; Lascurain Sánchez, en Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), et al., Comentarios al Código penal, 1997, p. 291; Manzanares Samaniego, en Conde-Pumpido Ferreiro (ed.), Código penal t. I, p. 1289; Palomo del Arco, en Granados Pérez (dir.), La criminalidad organizada, p. 204; Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), Inmigración, p. 55.

Por otro lado, se ha señalado que ello implica que la regulación es incompatible con el principio de igualdad¹³⁵: “constituye un tratamiento punitivo no uniforme de difícil justificación respecto a los condenados españoles y a los extranjeros con residencia legal”¹³⁶. Este carácter “paradójico”¹³⁷ de la expulsión es lo que explica en buena parte las dificultades que aparecieron a la hora de definir la naturaleza jurídica de la expulsión como medida penal¹³⁸, dificultades que sintetizan el estupor de la doctrina a la hora de aprehender la institución. Y, de nuevo paradójicamente, dentro del colectivo de los extranjeros sin residencia legal, el pretendido golpe final de hegemonización de la expulsión como reacción frente a los inmigrantes con *status* irregular dado por la LO 11/2003 está conduciendo a resoluciones judiciales cuyo grado de aletoriedad y desigualdad¹³⁹, a través de la cláusula de excepcionalidad, sólo puede ser calificado de extremo¹⁴⁰: en el momento actual, por unos mismos hechos, un

¹³⁵ En este sentido, no sorprende que en muchos procesos se pida la aplicación de la medida de expulsión por parte de extranjeros con residencia legal, alegando vulneración del principio de igualdad respecto de aquellos que carecen de la autorización de residencia.

¹³⁶ Lascurain Sánchez, en Rodríguez Mourullo (dir.) /Jorge Barreiro (coord.), et al., ComCP, p. 291; vid. también Izquierdo Escudero, LL 1997 t. 5, pp. 1863 y s.; Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), Inmigración, pp. 48 y ss., 50 y ss., con ulteriores referencias; de Vicente Martínez, en de León Villalba (coord.), Derecho y prisiones hoy, p. 163; Paz Rubio, LLP, nº 10 (2004), p. 81; vid. también, a título de ejemplo, la SAP Madrid (secc. 6ª) 9.7.2004: “absoluto trato desigual y discriminatorio”.

¹³⁷ Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), Inmigración, p. 48.

¹³⁸ Cfr., por todos, Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), Inmigración, pp. 58 y ss., con ulteriores referencias; una vez aprobada la reforma introducida en la LO 11/2003, parece claro, al menos, que no es un sustitutivo penal (vid. sólo Gracia Martín / Alastuey Dobón, Lecciones 3, pp. 322 y ss., con ulteriores referencias); cfr. también infra III.4.d).

¹³⁹ Directamente inducidas, claro está -y como antes se ha mostrado-, por la formulación de la cláusula excepcional del art. 89.1 CP, cuyo contenido se limita a declarar, en negativo, improcedente cualquier consideración de la persona del autor (“naturaleza del delito” no significa más que referido al hecho, no al autor).

¹⁴⁰ En primer lugar, las discrepancias producidas son especialmente llamativas en materia de delitos contra la salud pública, puesto que suele tratarse de penas bastante elevadas (muchos casos, como es sabido, consisten en la introducción de cocaína en territorio español, en el cuerpo del sujeto, por vía aérea; esta modalidad de comisión da lugar a numerosos pronunciamientos idénticos: es posible transportar de este modo más o menos 500 gramos de la sustancia, lo que suele conducir a unos cinco años de prisión como pena impuesta). Así, por ejemplo, la SAP Barcelona (secc. 7ª) 22.1.2004 deniega la imposición de la expulsión en un caso de tráfico de drogas, con condena a pena de prisión de cinco años, por afectar al “efecto disuasorio” de las normas penales infringidas (resolución confirmada en el ATS 1472/2004, de 23 de septiembre); en cambio, la SAP Madrid (secc. 17ª) 4.11.2003, en un caso exactamente igual sí acordó la expulsión, sin plantear dificultad alguna; a su vez, el mismo órgano, en otro caso idéntico -y menos de dos meses después-, rechaza la aplicación de la expulsión (AAP Madrid [secc. 15ª] 29.12.2003; cfr. a continuación en el texto); en la SAP Madrid (secc. 1ª) 19.11.2003 se sustituye una pena de tres años de prisión por la expulsión (sentencia casada posteriormente en lo referido a la expulsión por la STS 901/2004, de 8 de julio); en cambio, en otro caso de introducción por vía aérea (pena de cinco años de prisión), la SAP Madrid (secc. 2ª) 22.1.2004 se niega a la sustitución (confirmando este criterio la STS 1249/2004, de 28 de octubre); en esta misma línea, en el AAP Murcia (secc. 5ª) 16.2.2004 se afirma que las infracciones de tráfico de drogas no deben dar lugar a la aplicación de la medida; en el AAP Cádiz (con sede Ceuta, secc.

extranjero sin residencia legal puede volver, sin más, a su país, o, por el contrario, ingresar en prisión por un tiempo considerable, dependiendo sencillamente del ámbito territorial en el que cometa la infracción, o, incluso, de qué sección de un mismo tribunal colegiado le juzgue. Se trata, entonces, de una verdadera *lotería penal*¹⁴¹.

Quizás sirvan para acabar de ilustrar lo extraño de la institución de la expulsión en el contexto general del sistema penal español las siguientes consideraciones vertidas en una resolución de la Audiencia Provincial de Madrid¹⁴²: la AP rechazó imponer la medida de expulsión en el caso de un delito contra la salud pública¹⁴³, y este extremo de la sentencia fue recurrido tanto por la defensa

6ª) 24.2.2004 se dice respecto de un supuesto de tráfico de drogas que la medida de expulsión es de imposible aplicación, no tiene eficacia, en la ciudad de Ceuta, ya que hay un tráfico fronterizo "multitudinario", por lo que procede rechazar su imposición (otras resoluciones en esta línea: los delitos contra la salud pública deben dar lugar, en principio, a la aplicación de la cláusula excepcional de no expulsión contenida en el art. 89.1 CP: SAP Madrid [secc. 7ª] 9.9.2004 -haciendo alusión a un acuerdo [de 29.5.2004] de la Junta de Magistrados del orden penal de ese órgano, sobre unificación de criterios en este ámbito en la línea antes identificada; SAP Madrid [secc. 6ª] 9.7.2004, calificando de "esperpéntica" la sustitución por expulsión). Sin embargo, son muchas las resoluciones que aplican sin dificultad alguna la expulsión a esta infracción: así, por ejemplo, el AAP Sta. Cruz de Tenerife (secc. 2ª) 19.3.2004 acuerda la expulsión de un extranjero condenado por tráfico de drogas a una pena privativa de libertad de cuatro años; en el AAP Sta. Cruz de Tenerife (secc. 2ª) 6.2.2004, se decide la expulsión de un extranjero condenado por un delito de tráfico de drogas a una pena de tres años, y el AAP Sta. Cruz de Tenerife (secc. 2ª) 30.1.2004 acuerda la expulsión incluso en el caso del autor de un delito de tráfico de drogas con pena de seis años; la SAP Tarragona (secc. 2ª), 28.1.2004 sustituye la pena por expulsión en otro caso de tráfico de drogas en el que condenó a tres años de privación de libertad; así también la SAP Tarragona (secc. 2ª) 19.7.2004, habiendo pronunciado una pena de tres años y seis meses de prisión; también la SAP Lleida (secc. 1ª) 17.6.2004, con pena de tres años y seis meses.

También se constata la ausencia de una línea jurisprudencial uniforme respecto de otras infracciones: así, la SAP Almería (secc. 2ª) 1.3.2004, relativa a un robo con violencia e intimidación, en concurso con lesiones del art. 150 CP, con condena a tres años de prisión, acuerda la expulsión; la SAP Castellón (secc. 1ª) 22.1.2004 confirma la denegación de la aplicación de la expulsión en un caso de condena por delito relativo a la prostitución de tres años de prisión por razones de prevención general y especial; en cambio, se sustituye por expulsión una pena de ocho meses de prisión (en un caso de violencia doméstica) en la SAP Castellón (secc. 2ª) 28.6.2004; la SAP Girona (30.7.2004) también sustituye una pena de cinco años y seis meses, en un caso de abuso sexual, por la expulsión.

Ante esta situación, que al menos cabe calificar de caótica, ahora el TS (en la STS 901/2004, de 8 de julio), ha (re-)introducido al menos la necesidad de audiencia del penado; sigue esta jurisprudencia ya la SAP Barcelona (secc. 10ª) 21.10.2004; antes ya revocó la expulsión impuesta por el JP sin audiencia con base en consideraciones en torno a la irretroactividad (hecho cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 11/2003, pero juzgado después sin otorgar audiencia) la SAP Almería (secc. 3ª) 5.7.2004; por el contrario, en un caso de las mismas características, la SAP Madrid (secc. 23ª) 28.5.2004 no aprecia aquí ningún problema de retroactividad, afirmando que la expulsión no es una pena.

¹⁴¹ Debemos esta imagen a una conversación con Enrique Peñaranda Ramos.

¹⁴² AAP Madrid (secc. 15ª) 29.12.2003.

¹⁴³ En la sentencia se condenó por la introducción por vía aérea de alrededor de 500 g. de cocaína, imponiéndose una condena de cinco años de prisión; un caso extraordinariamente frecuente (cfr. las referencias contenidas supra en nota 140).

como por el Ministerio Fiscal. Según el criterio del Tribunal, se elimina cualquier efecto preventivo general negativo y efecto preventivo general positivo de la norma si la única sanción a la conducta es el pago del billete de vuelta y la advertencia de la prohibición de volver:

“...estaríamos ante una especie de invitación a los millones de ciudadanos de los países andinos en que se produce y obtiene la cocaína para que viajen a España con medio kilo [de cocaína]”; “Lo más llamativo de todo ello es que el mismo Ministerio Fiscal que hace bien poco tiempo recurría con premura y exquisito celo profesional las sentencias de esta Audiencia que no aplicaban el subtipo agravado de la notoria importancia al transporte de trescientos o cuatrocientos gramos de cocaína, considerando que suponían una lenidad inadmisibles en la lucha contra el tráfico de drogas, se ha convertido de repente en diligente defensor de la inejecución efectiva de las penas privativas de libertad de los mismos sujetos que transportan las mismas cantidades de cocaína hasta España, facilitando la impunidad a través incluso de recursos contra las resoluciones que pretenden mantener el mínimo efecto disuasorio de la pena. No tiene explicación sencilla una metamorfosis tan espectacular de criterio. El Ministerio Público ha pasado de considerar que la tenencia de 130 gramos de cocaína ha de penarse necesariamente con nueve años de prisión a estimar que el transporte de cuatrocientos o quinientos gramos debe sancionarse con un viaje de vuelta gratis al país de origen y la advertencia de que no regresen a España en un período de diez años”.

¿Cómo es esto posible? ¿El traficante de drogas que desea ser devuelto a su país (en libertad) y el Ministerio público que representa al Estado tirando del mismo lado de la soga?

b) Ante este panorama parece claro que la línea de crítica asumida primordialmente por parte de la doctrina penal frente a la expulsión puede resultar incompleta para aprehender correctamente el fenómeno de la evolución legislativa de la institución. En efecto, no parece que haya una especie de invasión o intromisión del Derecho administrativo en la regulación penal (o, al menos, que ésta sea la única línea directriz de la regulación). Pues una lectura “eficientista”, considerando, entonces, a la regulación penal un ayudante de la política (restrictiva) de inmigración, tropieza con varios inconvenientes¹⁴⁴: en primer lugar, la generalización de la expulsión perseguida choca con la existencia de

¹⁴⁴ Dejando de lado la aleatoriedad de sus efectos a la que está conduciendo una utilización muy desigual de la cláusula excepcional del art. 89.1 CP; cfr. las referencias jurisprudenciales supra en nota 140.

un nutrido grupo de personas que no son susceptibles de ser expulsados¹⁴⁵, respecto de los cuales la institución no podrá desplegar sus pretendidos efectos “positivos” para la política de extranjería. En segundo lugar, y sobre todo, parece también evidente que la introducción de la expulsión indiscriminada en la reforma de 2003 generará, ahora sí, un *efecto llamada*¹⁴⁶. Y, en tercer lugar, en un determinado segmento de casos, la medida de expulsión afectará a sujetos que ya se encuentran establecidos en España -aunque sin haber logrado su regularización administrativa- y no integran ya el sector de población que está aún en movimiento, es decir, que afectará a sujetos que ya no integran el “flujo” migratorio, sino que han superado esa fase de inestabilidad para establecerse en nuestra sociedad¹⁴⁷. Todo ello entra en abierta contradicción con lo que sería e implicaría una normativa penal destinada a servir de la policía de inmigración. Buscando un “culpable” de la regulación de la exclusión, parece, entonces, que éste no es -o al menos no lo es de modo prioritario- el Derecho administrativo, que sometería en este punto a servidumbre al ordenamiento penal para alcanzar sus objetivos: para una política de inmigración restrictiva, esta regulación de la expulsión no sólo no resulta funcional, sino que puede ser directamente contraproducente.

La irracionalidad intrasistemática de esta regulación de la expulsión es de tal intensidad que la función real del establecimiento de esta institución no puede coincidir con la manifiesta: ha de ser distinta de la sumisión al Derecho administrativo en cuanto expresión de la política de inmigración. En este sentido, parece más prometedor concebir la deriva de la expulsión como un proceso endógeno, como un fenómeno degenerativo genuinamente jurídico-penal: quizás la clave esté en no intentar analizar esta regulación aparentemente tan contradictoria y exótica desde la perspectiva de los presupuestos tradicionales

¹⁴⁵ Porque se desconoce su país de origen o porque las condiciones políticas del país en cuestión hacen imposible, desde el punto de vista de los derechos humanos, la expulsión, a menos que se actúe con completa “ausencia de complejos”, reconociendo en la presencia de los sujetos en cuestión un mero “problema” material, susceptible de ser “resuelto” por la vía de hecho mediante su mero desplazamiento físico del territorio español; cfr. la previsión del art. 89.1 CP in fine; vid. Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, p. 50; Gracia Martín/Alastuey Dobón, *Lecciones3*, p. 340 nota 123.

¹⁴⁶ Selectivo, precisamente frente a quienes ingresen en territorio español con el objetivo prioritario de cometer delitos castigados con penas inferiores a los seis años, y sin vínculos personales en territorio español que hagan aparecer la expulsión como gravosa. Habla expresamente de tal efecto llamada, en relación con los delitos contra la salud pública, también la SAP Madrid (secc. 7ª) 9.9.2004; cfr. las referencias jurisprudenciales contenidas supra en nota 140.

¹⁴⁷ A un supuesto de estas características parece referirse la STS 901/2004, de 8 de julio.

del Derecho penal normal -del Derecho penal del ciudadano-, ni aprehenderla desde la perspectiva “eficientista” de una política de inmigración restrictiva, y comprobar, por el contrario, si pueden hallarse otras perspectivas teóricas que permitan comprender el significado de la institución.

3.- El significado latente de la política criminal en materia de inmigración.

3.1.- Introducción.

El análisis de la regulación de los delitos relacionados con la actividad migratoria y de la institución de la expulsión de ciudadanos extranjeros arroja como resultado una confirmación del estupor manifestado por la doctrina en mayor o menor medida. En efecto, ambos sectores de regulación parecen estructuralmente incoherentes con las diversas funciones asignadas habitualmente en el discurso teórico a su introducción o reforma en el Código penal español. Por ello, a continuación se propondrá intentar aprehender el Derecho penal español en materia de inmigración desde la perspectiva de las características del sector de regulación, especialmente emergente en el momento actual en diversos ordenamientos jurídico-penales, de lo que *Jakobs* ha denominado “Derecho penal del enemigo”. Antes de confirmar esta hipótesis, conviene, entonces, sintetizar brevemente cuáles son las líneas básicas de este concepto de “Derecho penal” del enemigo.

3.2.- Concepto de “Derecho penal” del enemigo.

a) Para poder comprobar en el siguiente (y último) paso la corrección de la tesis acabada de formular, parece conveniente resumir aquí previamente cuál es el contenido del concepto de “*Derecho penal*” del enemigo¹⁴⁸ que puede servir para evaluar la legitimidad de la reacción del Derecho penal español frente al fenómeno de la inmigración. Según *Jakobs*¹⁴⁹, el Derecho penal del enemigo se

¹⁴⁸ Cfr. acerca de lo que sigue Cancio Meliá, “¿«Derecho penal» del enemigo?”, en *Jakobs/Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 57 y ss., 89 y ss.

¹⁴⁹ Quien introdujo -en dos fases, en 1985 y 1999/2000- el concepto en la discusión más reciente: *Jakobs, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”*, en CGPJ/Xunta de Galicia (ed.), *Estudios de Derecho judicial*, n° 20, 1999, pp. 137 y ss. (= *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, 2000); idem, en *Eser / Hassemer / Burkhardt (ed.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, pp. 47 y ss., 51 y ss. (= en Muñoz Conde [ed.], *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, pp. 53 y ss.); vid. también idem, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 57 y ss.; el concepto fue desarrollado por

caracteriza por tres elementos: en *primer lugar*, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -como es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido); en *segundo lugar*, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada; en *tercer lugar*, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas¹⁵⁰. En España, de modo materialmente equivalente, *Silva Sánchez* ha incorporado el

primera vez por Jakobs en su escrito publicado en ZStW 97 (1985), pp. 753 y ss. (“Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”) (= “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Idem*, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 293 y ss.); cfr. también *idem*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2ª edición, 1991 (= Derecho penal, Parte General. Los fundamentos y la teoría de la imputación, 1995), 2/25c. Ciertamente, cabría identificar -como subraya *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª edición, 2001, p. 165 con nota 388- muchos antecedentes materiales de la noción de Derecho penal del enemigo, en particular, en determinadas orientaciones de la prevención especial anteriores a la segunda guerra mundial; cfr. Muñoz Conde, “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”, en DOXA, 15-16, vol. II, 1994, pp. 1031 y ss. Desde una perspectiva temporal más amplia, y con orientación filosófica, vid. el análisis correspondiente de Pérez del Valle (“Sobre los orígenes del «Derecho penal del enemigo»”, en Cuadernos de Política Criminal (CPC), nº 75, 2001, pp. 597 y ss.), relativo a las teorías del Derecho penal contenidas en las obras de Rousseau y Hobbes; cfr. últimamente también a este respecto la perspectiva de Zaffaroni, “El Derecho penal liberal y sus enemigos”, en Investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, pp. 19 y ss., 29 y ss. y de Gracia Martín, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo»”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) nº 7, 2005 <http://criminol.ugr.es/recpc/> (sobre todo: III.). En todo caso, cabe pensar que este aspecto -los antecedentes históricos- puede ser dejado de lado desde el punto de vista de la política criminal actual -no en el plano global-conceptual, claro- teniendo en cuenta las diferencias estructurales entre los sistemas políticos de aquellos momentos históricos y el actual.

¹⁵⁰ Vid. sintéticamente Jakobs, Estudios de Derecho judicial, nº 20, pp. 138 y s. Los trabajos de Jakobs han desencadenado ya una incipiente discusión en los ámbitos de habla alemana y española en la que hay que constatar sobre todo voces marcadamente críticas. En esta línea, atribuyen a Jakobs una posición afirmativa respecto de la existencia de Derecho penal del enemigo, por ejemplo, Schulz, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendewende”, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 112, 2000, pp. 659 y ss.; Schünemann, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendewende”, en GA, 2001, pp. 210 y ss.; Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, 4ª edición, 2003, pp. 121 y ss., 123 y ss.; vid. también *idem*, en el diario El País de 15.1.2003: “¿Hacia un Derecho penal del enemigo?”; Ambos, Der allgemeine Teil eines Völkerstrafrechts, 2002, pp. 63 y ss., 63 y s.: “otorga a futuros regímenes injustos una legitimación teórica”; *ibidem*, nota 135 incluso se afirma que Jakobs con estos desarrollos se aproxima constantemente al pensamiento “colectivista-dualista” de Carl Schmitt; Portilla Contreras, “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del «enemigo» tras el atentado del 11 de septiembre de 2001”, mientras tanto, nº 83, 2002, pp. 78 y ss., 81; *Idem*, “El Derecho penal y procesal del «enemigo». Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en López Barja de Quiroga / Zugaldía Espinar (coord.), Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, tomo I, 2004, p. 694: “...justifica e intenta legitimar la estructura de un Derecho penal y procesal sin garantías”; diferenciando el significado político-criminal de la primera (1985) y de la

fenómeno del Derecho penal del enemigo en su propia concepción político-criminal¹⁵¹. De acuerdo con su posición, en el momento actual se están diferenciando dos “velocidades” en el marco del ordenamiento jurídico-penal¹⁵²: la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que, según *Silva Sánchez*, deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos -tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño-, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas “clásicos”¹⁵³. Con independencia de que tal propuesta pueda parecer acertada o no -una cuestión cuyo análisis excede, desde luego, del presente marco-, la imagen de las “dos velocidades” induce inmediatamente a pensar -como ya ha hecho el propio *Silva Sánchez*¹⁵⁴- en el Derecho penal del

segunda (1999/2000) aproximación, Prittwitz, “Nachgeholt Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminales für Europa”, ZStW 113, 2001, pp. 774 y ss., 794 y ss., 794 y s. con nota 106; ahora también Lascano, “Principio de culpabilidad y Derecho penal del enemigo: nuevas tendencias inocuidadoras”, en Universidad Nacional Mayor de San Marcos (ed.), XVI Congreso latinoamericano/VIII iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y criminología, 2004, pp. 223 y ss.; Zaffaroni, en *Investidura*, pp. 19 y ss.; vid. el amplio análisis, contextualizando la aparición del Derecho penal del enemigo en el conjunto de la evolución político-criminal, realizado por Faraldo Cabana, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en eadem (dir.)/Brandariz García/Puente Aba (coord.), *Nuevos retos*, pp. 299 y ss., 305 y ss. Vid. finalmente también el análisis de Prieto Navarro contenido en este libro. Por otra parte, aparte de *Silva Sánchez* (sobre su posición, vid. a continuación en el texto), han hecho referencia a la concepción de Jakobs en términos más bien descriptivos o afirmativos (en algunos casos) Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 177 y ss.; Feijóo Sánchez, “Sobre el contenido y evolución del Derecho Penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2001, pp. 9 y ss., 46 y ss.; Pérez del Valle, *CPC*, nº 75, 2001, pp. 597 y ss.; Polaino Navarrete, *Derecho penal. Parte General*, tomo I: *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4ª edición, 2001, pp. 185 y ss.; Cancio Meliá, “«Derecho penal» del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, en *JpD*, nº 44, 2002, pp. 19 y ss.; Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de la criminalidad*, 2003, pp. 120 y ss.; cfr. ahora la nueva y exhaustiva toma de posición, de carácter crítico, de este autor en *RECPC*, nº 7, 2005. Más recientemente, una nueva aproximación a la cuestión, en un trabajo en el que revisa la teoría de la pena por él desarrollada hasta el momento (Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 41 y ss.), despeja toda duda acerca de que Jakobs considera legítimo un “Derecho penal del enemigo” al menos en algunos casos; cfr. sobre esto próximamente Cancio Meliá, “Feindstrafrecht?”, en prensa para ZStW 117, 2005.

¹⁵¹ Cfr. *Silva Sánchez*, *La expansión*, pp. 163 y ss.

¹⁵² Vid. *Silva Sánchez*, *La expansión*, pp. 159 y ss.

¹⁵³ Cfr. *Silva Sánchez*, *La expansión*, pp. 159 y ss., 161 y s.

¹⁵⁴ En la segunda edición de su monografía *La expansión*, pp. 163 y ss.

enemigo como “tercera velocidad”, en la que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad (y especialmente severas) y la “flexibilización” de los principios político-criminales y de las reglas de imputación.

Desde la perspectiva aquí adoptada, ambas concepciones antes esbozadas son correctas en cuanto elementos de una descripción¹⁵⁵.

En lo que se refiere al alcance concreto de estas normas realmente existentes, puesto que se trata de una definición típico-ideal, para determinar la “Parte Especial” jurídico-positiva del Derecho penal del enemigo sería necesario un estudio detallado de diversos sectores de regulación¹⁵⁶. Dicho de otro modo, el concepto necesitará de una adecuación a cada uno de los sectores de regulación. En este sentido, seguramente es cierto -como ha afirmado *Silva Sánchez*¹⁵⁷- que es necesario deslindar en la *praxis* de análisis de la Parte Especial diversos niveles de intensidad en los preceptos jurídico-penales concretos, y que, en el plano teórico, cabe apreciar que en su alcance concreto, la noción de Derecho penal del enemigo propuesta por *Jakobs* en la primera aproximación (1985) es considerablemente más amplia (incluyendo sectores de regulación más próximos al “Derecho penal de la puesta en riesgo”, delitos dentro de la actividad económica) que la de la segunda fase (a partir de 1999), más orientada con base en delitos graves contra bienes jurídicos individuales (de modo paradigmático: terrorismo). En todo caso, lo que parece claro es que, en el ordenamiento español, el centro de gravedad del Derecho penal del enemigo está sobre todo en el nuevo Derecho antiterrorista¹⁵⁸, primero en la redacción dada a algunos de los preceptos correspondientes en el CP de 1995¹⁵⁹, después en la reforma

¹⁵⁵ El hecho de que existe ese Derecho penal del enemigo en el ordenamiento positivo (*Silva Sánchez* dice [La expansión, p. 166] que sobre esto “no parece que se pueda plantear duda alguna”), y que puede ser descrito en los términos expuestos, es algo que no es cuestionado; en lo que se alcanza a ver, tampoco por parte de los autores que se han manifestado en sentido crítico frente al desarrollo de *Jakobs* (cfr., por ejemplo, expresamente *Portilla Contreras*, mientras tanto, n° 83, 2002, pp. 77 y ss., 83, 91).

¹⁵⁶ Cfr., por ejemplo, el catálogo internacional expuesto por *Portilla Contreras*, mientras tanto, n° 83 (2002), pp. 83 y ss., o el análisis de *Faraldo Cabana*, en eadem (dir./*Brandariz García/Puente Aba* (coord.), *Nuevos retos*, pp. 299 y ss., 305 y ss., 317 y ss. respecto de la situación en el ordenamiento español.

¹⁵⁷ En una contribución de seminario, *Universitat Pompeu Fabra*, 5/2003.

¹⁵⁸ Cfr. *Cancio Meliá*, *JpD*, n° 44, 2002, pp. 19 y ss. En todo caso, como parece claro, ha de tenerse en cuenta que el Derecho penal del enemigo inicialmente confinado a un determinado sector contamina el conjunto del ordenamiento; sobre riesgos de contagio presentes y ya concretados en el caso español cfr. *Faraldo Cabana*, en eadem (dir./*Brandariz García/Puente Aba* (coord.), *Nuevos retos*, pp. 299 y ss., 305 y ss.

¹⁵⁹ Cfr. la sintética descripción en *Cancio Meliá*, en *Rodríguez Mourullo* (dir./*Jorge Barreiro* (coord.) et al., *ComCP*, pp. 1384 y ss.

introducida mediante la LO 7/2000¹⁶⁰, y, finalmente, mediante las reformas aprobadas a lo largo del año 2003¹⁶¹.

La esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada *significa*¹⁶², ya que, de modo paralelo a las medidas de seguridad, supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental¹⁶³, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas¹⁶⁴. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos¹⁶⁵.

b) Sin embargo, esta definición es incompleta: sólo se corresponde de manera parcial con la realidad (legislativa, política y de la opinión publicada), y necesita de alguna *precisión*. En *primer lugar*, aún sin llevar a cabo un estudio de materiales científicos relativos a la psicología social, parece claro que en todos los campos importantes del Derecho penal del enemigo (“cárteles de la droga”; precisamente: “criminalidad de inmigración”; otras formas de “criminalidad organizada” y terrorismo) lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados. Se trata, por lo tanto, más de “enemigos” en este sentido pseudoreligioso que en la acepción tradicional-militar del término¹⁶⁶. En efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primera vista una

¹⁶⁰ Cfr. Cancio Meliá, JpD, n° 44, 2002, pp. 19 y ss., 23 y ss.

¹⁶¹ Contenidas, sobre todo, en las LL.OO. 7 y 15/2003.

¹⁶² En términos del significado comunicacional habitual de la pena criminal; sobre esto a continuación en el texto.

¹⁶³ Es llamativo el paralelismo con la idiosincrasia de determinadas tendencias inocuidadoras en la discusión estadounidense que reciben la significativa denominación de “managerial criminology”; vid., por todos, la exposición de Silva Sánchez, *La expansión*, pp. 141 y ss., 145.

¹⁶⁴ Cfr. Silva Sánchez (*La expansión*, p. 163): “fenómenos... que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado”; “reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves” (*ibid.*, p. 166).

¹⁶⁵ Jakobs, *Cuadernos de Derecho judicial*, n° 20, p. 139.

¹⁶⁶ Respecto del terrorismo de nuevo cuño, Scheerer (*Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien*, 2002, pp. 7 y ss., 13 y ss.) identifica la patologización y la mitologización de las conductas en cuestión como verdaderas características decisivas en el discurso de combate contra el terrorismo. Con carácter general sobre este fenómeno de “demonización”, en cuanto parte de un nuevo paradigma criminológico centrado en la noción de “exclusión”, vid. sólo el análisis de Young, *La sociedad “excluyente”*, pp. 155 y ss., planteado con un amplio enfoque y con ulteriores referencias.

calificación como “otro”¹⁶⁷, no es, en realidad, una identificación como fuente de peligro, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar, sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización (y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído¹⁶⁸?). En este sentido, la carga genética del punitivismo¹⁶⁹ (la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad) se recombina con la del Derecho penal simbólico¹⁷⁰ (la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social) dando lugar al código del Derecho penal del enemigo¹⁷¹. En *segundo lugar*, este significado simbólico específico del Derecho penal del enemigo abre la perspectiva para una segunda característica estructural: no es sólo un determinado “hecho” lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal de que sirvan a la caracterización del *autor* como perteneciente a la categoría de los enemigos. De modo correspondiente, en el plano técnico, el mandato de determinación derivado del principio de legalidad y sus “complejidades”¹⁷² ya no son un punto de referencia esencial para la legislación penal, y se va hacia un verdadero Derecho penal de autor. En conclusión: a las tres características (anticipación de las barreras de punición; desproporción de las consecuencias jurídicas; eliminación de garantías procesales) propuestas como notas definitorias del Derecho penal del enemigo habría que añadir una cuarta: la función de *identificación de una categoría de sujetos como enemigos*, y la correspondiente orientación al *Derecho penal de autor* de la regulación¹⁷³.

c) Definido en estos términos el Derecho penal del enemigo, parece claro que la cuestión de si puede haber *Derecho* penal (legítimo) del enemigo queda resuelta

¹⁶⁷ Que, sencillamente, es peligroso; al que no se le hace en primera línea un reproche, persiguiendo, por el contrario, su neutralización.

¹⁶⁸ Uno de cuyos nombres, es, precisamente, el Enemigo.

¹⁶⁹ Cfr. Cancio Meliá, “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, en Jakobs / Cancio Meliá, Conferencias sobre temas penales, 2000, pp. 121 y ss., 131 y ss.

¹⁷⁰ Vid. las referencias en Cancio Meliá, en Jakobs / Cancio Meliá, Conferencias, pp. 225 y ss.

¹⁷¹ Cfr. sobre esta relación de parentesco Cancio Meliá, en Jakobs / Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, pp. 65 y ss., 69 y ss.

¹⁷² Un término que, por ejemplo, aparece varias veces en la Exposición de motivos de la LO 7/2000 como un problema a superar.

¹⁷³ Incluso podría afirmarse -simplificando mucho el proceso para adecuarlo a la imagen de una decisión individual consciente- que las tres notas definitorias mencionadas por Jakobs son instrumentos para alcanzar el fin contenido en la cuarta característica aquí propuesta.

negativamente¹⁷⁴. En particular, desde la perspectiva de un entendimiento de la pena y del Derecho penal con base en la prevención general positiva, la reacción que reconoce excepcionalidad a la infracción del “enemigo” mediante un cambio de paradigma de principios y reglas de responsabilidad penal es disfuncional de acuerdo con el concepto de Derecho penal. Desde este punto de vista, cabe afirmar que el “Derecho penal” del enemigo jurídico-positivo cumple una función distinta del Derecho penal (del ciudadano): se trata de cosas distintas. El Derecho penal del enemigo prácticamente reconoce (o postula), al optar por una reacción estructuralmente diversa, excepcional, la diversidad del infractor; mediante la demonización de los grupos de autores afectados que se encuentra implícita en su regulación -una forma exacerbada de reproche- da especial resonancia a sus hechos. Ello sólo puede comprenderse si se asume que tal orientación del ordenamiento jurídico-penal va dirigida, en su significado, al conjunto de los grupos sociales que no se encuentran entre los próximos a los autores. En consecuencia, la función del Derecho penal del enemigo probablemente haya que verla en la *creación (artificial) de criterios de identidad entre los excluyentes mediante la exclusión*¹⁷⁵.

3.3.- Subsunción.

Después de este esbozo de las características del Derecho penal del enemigo, procede ahora comprobar si el delito recogido en el art. 318 bis CP y la institución de la expulsión prevista en el art. 89 CP, como figuras centrales de la respuesta del Derecho penal español ante el fenómeno de la inmigración, pueden considerarse pertenecientes a tal sector estructuralmente ilegítimo del Derecho penal positivo. Para ello, debe constatarse si concurren los elementos esenciales antes identificados como característicos del Derecho penal del enemigo.

1) El análisis del primero de ellos, el amplio “adelantamiento de las barreras de punición” constatado por *Jakobs* respecto, por ejemplo, del proceso de tipificación en el Derecho penal antiterrorista, no procede, como es lógico, respecto de la expulsión, en el campo de las consecuencias jurídicas, pero sí respecto del delito del art. 318 bis 1 CP. En este delito, el adelantamiento de las

¹⁷⁴ Vid. el desarrollo en Cancio Meliá, en *Jakobs/Cancio Meliá*, Derecho penal del enemigo, pp. 89 y ss., 94 y ss.

¹⁷⁵ Cfr. las referencias supra en nota 15.

barreras de punición se aprecia con toda claridad. Como se ha explicado, su regulación evidencia que el bien jurídico protegido no es otro que la política migratoria que queda reflejada en las distintas normas que determinan el carácter ilegal de la entrada o residencia del inmigrante. En la medida en que resulta difícil definir la concreta política migratoria que se pretende proteger por medio de esas normas, este delito se presenta, en realidad, como un delito de carácter formal configurado a partir de una remisión normativa al ámbito del Derecho administrativo. La conducta pasa a ser típica desde el momento en que se favorece la entrada o permanencia ilegal del inmigrante con independencia de los efectos que ello pueda producir tanto en la persona del inmigrante como en el orden socioeconómico que se dice protegido por las normas que controlan la inmigración.

2) El segundo de los aspectos, la desproporción de la reacción del sistema punitivo, se halla plenamente presente en ambas instituciones. Al estudiar el delito del art. 318 bis CP, se ha tenido la oportunidad de comprobar que existen numerosas conductas que pueden considerarse claramente típicas y que, sin embargo, no parecen merecer una respuesta de carácter jurídico-penal, y menos aún una pena mínima de dos años de prisión. Recuérdense los casos reseñados en los que se favorece la entrada ilegal de familiares o en los que se da cobijo a inmigrantes que han entrado de manera ilegal. Se ha explicado también que la pena puede considerarse exagerada incluso en algunos de los casos de los subtipos agravados, como, por ejemplo, cuando la conducta se realiza con ánimo de lucro. En el caso de la expulsión, este aspecto no aparece en el sentido del establecimiento de penas desproporcionadamente altas -así la formulación de *Jakobs* para la tipificación-, sino, de modo aún más radical, en el sentido de una completa ausencia de toda proporción: esto es lo que implica la generalización de la expulsión a pesar de su ambivalencia aflictiva.

3) El tercer elemento, el que se refiere la supresión de las garantías procesales, no puede ser analizado en un trabajo de estas características, pero en todo caso, con respecto a la expulsión¹⁷⁶, parece claro que la salida de España compromete en muchos casos el derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁷⁶ Vid. últimamente López Muñoz, AP, nº 21, 2003-2, pp. 565 y ss.; Flores Mendoza, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 121 y ss.; cfr. ahora las importantes consideraciones del TS a este respecto en la STS 901/2004, de 8 de julio, f.j. 2º, invocando también la doctrina del TEDH.

4) Finalmente, el elemento relativo a la construcción de una categoría de “enemigos” y su plasmación en un Derecho penal de autor se manifiesta también en ambas figuras, si bien con distinta forma e intensidad.

a) En el caso del delito del art. 318 bis. 1 CP, puede decirse que la dificultad existente a la hora de identificar el concreto riesgo que se pretende evitar cuando se castiga a quien favorece el incumplimiento de las normas reguladoras de la inmigración hace pensar que el interés ya no se centra en una determinada forma de producirse la inmigración, sino el propio fenómeno de la inmigración con carácter general¹⁷⁷. La confusa regulación actual, en la que, como se ha visto, por una parte, se quiere presentar al inmigrante como víctima del delito y, por otra parte, se criminaliza el mero hecho de prestarle ayuda, contribuye a lanzar un mensaje en cierta medida hipócrita que aparentemente se interesa por el inmigrante, pero que, en última instancia, convierte su propia presencia en una amenaza de carácter criminal¹⁷⁸. De este modo, se puede incluso generar la impresión de que, más allá del control de la inmigración, lo que se produce con la tipificación de las conductas favorecedoras de la inmigración irregular es la marginación o exclusión de los inmigrantes que entran en nuestro país sin respetar los cauces establecidos, castigando severamente a aquellos que puedan identificarse con los inmigrantes prestándoles algún tipo de ayuda. Al identificarse la llegada o permanencia del inmigrante con una amenaza penalmente relevante, es el propio inmigrante quien acaba siendo visto no ya como un “ciudadano”, sino como una fuente de conflictos, como un “enemigo”. El inmigrante que entra ilegalmente en España es rechazado de manera general, con independencia de cuál sea su conducta, y es mostrado como alguien distinto de quienes se encuentran en España en situación regular y pueden considerarse ciudadanos. Se acaba

¹⁷⁷ Cfr., en una línea parecida, de Lucas, “El marco jurídico de la inmigración”, JpD, n.º. 38, 2000, p. 8; Rodríguez Mesa, Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, p. 29, quienes señalan que, aunque por lo general se presenta al inmigrante como víctima de las mafias, el mensaje que se envía es que la inmigración es un problema por la presión de los inmigrantes irregulares.

¹⁷⁸ Al castigar tan severamente a quienes favorecen la entrada ilegal de inmigrantes se presenta la inmigración irregular como un problema especialmente grave, como algo vinculado a la degradación de la convivencia y el aumento de la delincuencia. Se revela una actitud de temor y desconfianza hacia el inmigrante, como si su simple llegada supusiera una amenaza para nuestra sociedad. Advierten de esta concepción del inmigrante que, con carácter general, puede encontrarse detrás de nuestra política migratoria, de Lucas/Torres, en Eidem (eds.), Inmigrantes: ¿cómo los tenemos?, Algunos desafíos y (malas) respuestas, 2002, pp. 11-19. Cfr., también, Sáinz-Cantero Caparrós, Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, pp. 29 y ss.

incurriendo en una dialéctica ciudadano/enemigo que corre el riesgo de llegar a justificar la completa exclusión del inmigrante y su tratamiento al margen de los principios más elementales del Estado social y democrático de Derecho.

b) En cuanto a la expulsión, primero conviene recordar lo que *no* es esta institución, de acuerdo con las consideraciones antes hechas: no es un sustitutivo penal, una alternativa a la pena privativa de libertad. En efecto, la generalización provocada por el carácter preceptivo de la medida de expulsión, la falta de mención a las circunstancias individuales en la cláusula excepcional de cumplimiento en España -es decir, como antes se señalaba: la exclusión *de principio* de toda reinserción-, la completa ausencia de proporcionalidad que también implica la imposición de una prohibición de entrada de 10 años para todos los casos, la ausencia de interés, en fin, por asegurar la prohibición de entrada -manifestada en la renuncia al cumplimiento de la pena en todos los casos-, sólo pueden entenderse bajo otros parámetros. En este caso, lo que se viene a la cabeza es el famoso símil de *Hegel* en la adición al § 99 de su *Filosofía del Derecho*¹⁷⁹: frente a un perro, se levanta el palo mucho o poco, según convenga a quien lo esgrime, no al derecho del perro. En este sentido, el único mensaje que queda ante una medida de efectos tan aleatorios es que los inmigrantes (“irregulares”) están relacionados con el delito de un modo específico, por esa su condición. Eso es lo que pretende quien tiene el palo, ese es el fin objetivo de la regulación¹⁸⁰.

La conclusión, por tanto, para ambos sectores de regulación, con las correspondientes diferencias en el grado de intensidad, es la misma: no se trata de reaccionar frente a los delitos de determinados sujetos, sino de construir una categoría de enemigos¹⁸¹. Lo que se transmite, en definitiva -como viene

¹⁷⁹ Moldenhauer/Michel (ed.), *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (Werke, t. 7), 1986, p. 190.

¹⁸⁰ Dice Asúa Batarrita (en Lorenzo Copello [coord.], *Inmigración*, p. 25): “la instauración de un régimen excepcional para determinados extranjeros en relación a su eventual implicación en un delito produce... efectos indeseables que favorecen una percepción pública distorsionada de la inmigración.” Sin pretender, como es lógico, valorar actitudes personales conscientes de los agentes políticos, habría que añadir a la afirmación transcrita que sin duda resultan “indeseables” esos efectos, pero que parece también claro que son deseados por la norma.

¹⁸¹ Y hay muchas razones que conducen a que precisamente el inmigrante sin residencia administrativa regular pase a integrar una categoría de “enemigos” excluidos: los limitados vínculos sociales, su fácil identificación como distinto, su específica situación socio-económica y la reacción a ésta de los órganos de persecución penal; vid., por todos, la argumentación de Brandariz García, en Faraldo Cabana (dir.) / Brandariz García/Puente Aba (coord.), *Nuevos retos*, p. 48.

subrayándose por parte de algunas voces doctrinales en este contexto desde hace tiempo- es una identificación de inmigración y delito¹⁸². Por lo tanto, puede afirmarse que se está construyendo una categoría de sujetos asociados a la condición de elementos peligrosos, de “enemigos”, a través -entre otros factores, claro está- de su tratamiento penal¹⁸³ técnicamente diferenciado¹⁸⁴: hay un Derecho penal de autor. Se trata, en suma, de asegurar la identidad de los sujetos representados en la norma¹⁸⁵, los excluyentes, mediante la exclusión¹⁸⁶; se trata de *Derecho penal del enemigo*.

¹⁸² Cfr., por ejemplo, Asúa Batarrita, en Lorenzo Copello (coord.), Inmigración, pp. 25 y s.: González Cussac, Revista Xurídica Galega, nº 38, 2003, p. 33; Brandariz García en: Faraldo Cabana (dir.)/Brandariz García / Puente Aba (coord.), Nuevos retos, p. 48; Pérez Cepeda, Globalización, p. 52. Sobre la insistencia en vincular el aumento de la criminalidad en España con la inmigración: cfr., también, a modo de ejemplo, la noticia recogida en el diario El País de 29.4.2002 (reproducida en www.ub.es/penal/docs/fiscal_pide_carcel.html), y, con carácter general, respecto del tratamiento de la cuestión en los medios de comunicación, por ejemplo, “Inmigrantes delincuentes, una creación mediática”, de P. Aierbe, en: <http://www.rebelion.org/medios/peio130902.htm#>. Respecto de la campaña previa a la aprobación de la LO 11/2003, dice Lorenzo Copello, JpD, nº 50, 2004, p. 30, que “desde hace tiempo las autoridades públicas venían transmitiendo una interesada vinculación entre inmigración e inseguridad ciudadana”; vid. también las referencias supra nota 94; también el trato diferenciado -en algunos casos, una atención específica limitada a determinados barrios o locales- por parte de los órganos de persecución penal dado al colectivo de inmigrantes en cuestión -un efecto de la política de exclusión a través de la asociación inmigración-delito- puede a su vez retroalimentar el vínculo, incrementando porcentajes de detención, procesamiento y condena para el colectivo. Vid. también, las consideraciones de Monclús Masó, “La «gestión» penal de la inmigración: otra excepción al Estado de derecho”, en Panóptico, nº 3, 2002, destacando asimismo la generalizada presentación de la inmigración como “emergencia” y advirtiéndolo de los riesgos que con ello se generan para los principios más fundamentales del Estado de derecho.

¹⁸³ Y desde este punto de vista, la redacción introducida mediante la LO 11/2003 lleva hasta sus últimas consecuencias este modelo de actuación; en este sentido, afirma Lorenzo Copello (JpD, nº 50, 2004, p. 30) que la reforma era “casi inevitable” atendiendo a las líneas de evolución de las líneas de comunicación de ciertas fuerzas políticas: “tarde o temprano tenía que desembocar en la intensificación de la política de exclusión”. En cambio, ahora la STS 901/2004 de 8 de julio, aprecia entre la regulación de 1995 y la de la LO 11/2003 incluso un “importante cambio en la filosofía general que inspiraba la expulsión de extranjeros ilegales”.

¹⁸⁴ Y aquí aparece una nueva lectura del símil de Hegel antes citado: la exclusión llega hasta el punto de negar al grupo en cuestión su “derecho” a sufrir la sanción (penal formal, la que corresponde a extranjeros con residencia legal y a los ciudadanos españoles).

¹⁸⁵ Vendría a ser una forma de reforzar la sensación de unidad y de igualdad entre quienes son definidos como ciudadanos. Así, señala de Lucas (en Idem/Torres (eds.), Inmigrantes: ¿cómo los tenemos?, pp. 36-37) que “mientras haya una amenaza (la presencia de los inmigrantes como riesgo en el mercado de trabajo, en la seguridad de nuestras vidas y propiedades, en la continuidad de nuestro modo de vida y nuestra cultura: ¿suena la cantinela?, hay una buena coartada para transmitir a los ciudadanos (nacionales), sobre todo a los más castigados por el paro, por las medidas de ajuste, por las privatizaciones de los servicios sociales, por los fenómenos de exclusión, que el Estado les reconoce y protege, que tener un pasaporte marca la diferencia, que nosotros, ciudadanos españoles -¡europeos!-, somos el Primer Mundo: los verdaderos excluidos son esos otros, y lo son razonablemente porque constituyen una amenaza”.

¹⁸⁶ Es un terreno en el que el binomio exclusión-enemigo se percibe con especial claridad. Cfr., en este sentido, de Lucas, Puertas que se cierran, Europa como fortaleza, 1996, p. 23, quien pone de relieve la relación entre la dicotomía ciudadano-extranjero y el esquema amigo-enemigo de Carl Schmitt; a su

Parece claro -como sucede en los demás ámbitos del Derecho penal del enemigo en mayor o menor medida¹⁸⁷- que tal reacción del ordenamiento jurídico-penal se produce en un punto de la configuración social española -las profundas transformaciones que el proceso de inmigración está produciendo de modo acelerado- especialmente crítico en el momento actual, en el que puede resultar electoralmente rentable aparecer como promotor de una “política de exclusión y estigmatización del inmigrante”¹⁸⁸. Quizás esta alta rentabilidad política también resida en que la exclusión de cierta categoría de extranjeros mediante el uso del Derecho penal del enemigo aleja la atención social de la exclusión material de esos mismos sujetos producida por la organización del sistema económico-político.

3.1.- Conclusión.

a) En primer lugar, en lo que se refiere a los *delitos relacionados con la actividad migratoria*, la valoración acabada de hacer apunta la necesidad de evitar la confusa y delicada situación que se deriva de la regulación actual y diferenciar claramente el delito de tráfico ilegal de personas y, en su caso, el delito relacionado con la inmigración ilegal. Para regular de manera independiente el delito de tráfico ilegal de personas podría tomarse como referencia, por ejemplo, el art. 3 del “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños” que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada. Dicho delito debería aparecer regulado dentro del Título VII del Libro II del Código penal, relativo a las torturas y otros delitos contra la integridad moral. El único problema es que no tendrían cabida los casos en los que no existiese una finalidad de explotación, sino sólo un trato degradante para los inmigrantes. Para evitar ese problema la redacción del precepto podría ser la siguiente:

juicio, la pertenencia a una comunidad implica siempre una exclusión y actualmente la forma más perfeccionada de comunidad es la del Estado, que reconoce a sus miembros como ciudadanos. Cfr., también, Monclús Masó, quien en su trabajo sobre la expulsión en Derecho penal español, describe como punto de partida socio-político de sus reflexiones el siguiente escenario: “Las sociedades europeas están mostrando una actitud de cierre frente a los extranjeros y están arbitrando una serie de prácticas a través de las cuales los inmigrantes son excluidos y convertidos en enemigos de la sociedad.”.

Cfr. igualmente las reflexiones en torno al migrante excluido como “enemigo interno” construido, para comenzar, por medio de su status jurídico diferenciado, hechas por Brandariz García, en: Faraldo Cabana (dir.)/Brandariz García/Puente Aba (coord.), Nuevos retos, pp. 42 y ss., 45 y ss., 48 y s.

¹⁸⁷ Cfr. sobre esto Cancio Meliá, en Jakobs/Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, pp. 95 y ss.

¹⁸⁸ Laurenzo Copello, JpD, n° 50, 2004, p. 31.

1. Será castigado con una pena de 2 a 4 años de prisión quien lleve a cabo la captación, el traslado, la recepción o la acogida de una persona empleando violencia, intimidación o engaño, abusando de la situación de especial vulnerabilidad de esa persona o recurriendo a la concesión de algún tipo de beneficio para obtener el consentimiento de quien tenga autoridad sobre ella.
2. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando dicha conducta se realice con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.
3. Se impondrá la pena superior en grado cuando se haya puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o el autor colabore con una organización dedicada a tales actividades, aun cuando tal organización tuviera carácter transitorio.
4. Se impondrá además la pena de inhabilitación absoluta de 5 a 10 años a quienes realicen el hecho prevaliéndose de su condición de autoridad o funcionario público¹⁸⁹.

En esta propuesta de regulación no se hace referencia en ningún momento a que la entrada o residencia en España sea ilegal. El hecho de que en algunos casos no se reconozca a los inmigrantes el derecho a entrar en España sólo es relevante, como se ha indicado, en la medida en que sirve a los traficantes para ejercer un mayor grado de control sobre los inmigrantes, pero lo determinante, en última instancia, son los medios empleados para controlar al inmigrante. Por eso, el carácter ilegal de la entrada o la residencia no es algo que por sí mismo merezca ser tenido en cuenta en la configuración del delito. El ataque contra el inmigrante se produce con independencia de que pueda o no entrar o residir en España. Introducir ese aspecto en la configuración del delito supondría nuevamente confundir el verdadero sentido de este delito; lo importante no es que la inmigración sea ilegal, sino la forma en la que se favorece la inmigración: empleando violencia, intimidación, engaño o, como suele ser más frecuente, abusando de la situación desesperada en la que se encuentran los inmigrantes¹⁹⁰.

En la propuesta de eurodelito sobre el tráfico de personas realizada por un grupo de penalistas, reunidos en Mallorca, en 2001, lo criticable es que se centra la

¹⁸⁹ Coincide, prácticamente, con la propuesta de de León Villalba, Tráfico de personas e inmigración ilegal, pp. 425-426, quien, no obstante, exige, en todo caso, que concurra el propósito de explotación.

¹⁹⁰ Así, también, Maqueda Abreu, RDPP, n° 11, 2004, pp. 42-43.

atención igualmente en la entrada o residencia ilegal. En el apartado primero de dicha propuesta de eurodelito se establece un tipo básico con pena de hasta 5 años de prisión para quien, con ánimo de lucro y como miembro de una organización, reclute personas con la finalidad de transportarlas ilegal o fraudulentamente hacia el territorio de la Unión Europea, las transporte u organice su entrada ilegal o fraudulenta o, una vez introducidas, las oculte u organice su estancia ilegal o fraudulenta¹⁹¹. Es cierto que en esta propuesta se exige el ánimo de lucro y la pertenencia a una organización, pero no se tiene en cuenta la lesión de los derechos de los ciudadanos extranjeros. Al igual que en nuestro Código penal, ello sólo cobra relevancia en la configuración de los tipos agravados. En esta propuesta de eurodelito se refleja de nuevo, por tanto, la confusión entre el tráfico de personas y la inmigración ilegal. Detrás de la misma lo que se encuentra, en realidad, es el interés en controlar los flujos migratorios¹⁹². Ni la finalidad de explotación, ni el ánimo de lucro, ni la pertenencia a una organización delictiva, es algo que por sí mismo convierta en tráfico de personas el hecho de favorecer la inmigración ilegal. Tales aspectos pueden servir, en su caso, para determinar el tipo de conducta favorecedora de la inmigración ilegal que merece ser sancionada penalmente, pero no deben verse como elementos característicos del delito de trata o tráfico ilegal de personas¹⁹³.

Una vez tipificado el delito de trata o tráfico de personas, si se llegara a considerar necesario castigar, además, las conductas favorecedoras de la inmigración ilegal, sería conveniente analizar los distintos supuestos para ver hasta qué punto deben quedar todos ellos tipificados como delitos. Para cumplir con la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, y con la Decisión 2002/946/JAI, de 28 de noviembre, bastaría con tipificar los supuestos en los que se favorece la inmigración ilegal con ánimo de lucro, estableciendo una pena mínima de 8 años si ello se

¹⁹¹ Sobre el contenido concreto de esta propuesta, vid. Arroyo Zapatero, en *Idem / Berdugo Gómez de la Torre* (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, pp. 31 y ss.; Pérez Cepeda, *Globalización*, pp. 143-144.

¹⁹² La crítica también por este motivo Pérez Cepeda, *Globalización*, pp. 144.

¹⁹³ En este sentido, es criticable también la propuesta de redacción realizada por Pérez Cepeda, *Globalización*, p. 295, en la medida en que define el tipo básico del delito de tráfico ilegal de personas exigiendo simplemente el ánimo de lucro, dejando la violencia, la intimidación y el engaño para el tipo agravado. Lo determinante para que se produzca el ataque a la dignidad de los inmigrantes -que precisamente es lo que a juicio de esta autora caracteriza al tráfico ilegal de personas- es que el traslado del inmigrante se realice en contra de su voluntad. En tales casos, lo normal es que la conducta se realice también con ánimo de lucro, pero debe insistirse en que éste no es el elemento decisivo.

realiza formando parte de una organización delictiva y poniendo en peligro la vida de las personas. En todo caso, después de regular correctamente las figuras delictivas relativas al tráfico de personas y vistos los problemas político-criminales que se derivan de la actual regulación, no parece que tenga sentido castigar por vía penal las conductas relacionadas únicamente con la inmigración ilegal¹⁹⁴.

b) En segundo lugar, con la identificación de la pertenencia de la institución de la *expulsión* del art. 89 CP al Derecho penal del enemigo queda “resuelta” la cuestión de la “naturaleza jurídica”¹⁹⁵ de esta medida: no es una pena -como se ha sostenido en múltiples ocasiones-, al margen del argumento formal de la ausencia de su mención en el art. 33 CP, porque no presenta en todos los casos la característica de ser un “mal”¹⁹⁶. No es, desde luego, un sustitutivo penal en el sentido del Código penal, por carecer de toda referencia preventivo-especial¹⁹⁷. No es materialmente una medida de seguridad, porque tampoco hay análisis del pronóstico de reincidencia del sujeto¹⁹⁸. Tampoco es una medida

¹⁹⁴ En una línea parecida se pronuncia buena parte de la doctrina. Así, por ejemplo, Rodríguez Mesa, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, p. 121, exigiendo para la sanción penal que la conducta se realice sin el consentimiento del inmigrante y persiga su explotación; García España/Rodríguez Candela, AP, nº 29, 2002, p. 735, mostrando igualmente su deseo de diferenciar entre inmigración ilegal y tráfico de personas en función de que exista o no consentimiento por parte del inmigrante; Sánchez Lázaro, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración y Derecho penal*, pp. 292 y ss., quien considera que los elementos que dan lugar a los tipos agravados del art. 318 bis CP deberían haberse incluido en el tipo básico; Sáinz-Cantero Caparrós, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, pp. 29 y 35, destacando la necesidad de diferenciar el tráfico ilegal de personas y la inmigración ilegal; de León Villalba, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, pp. 395-397, distinguiendo entre inmigración ilegal en sentido estricto y “explotación de inmigración ilegal”.

¹⁹⁵ Cfr., por todos, la exposición y las referencias -a tomas de posición relativas a la regulación anterior a la LO 11/2003- en Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 58 y ss.

¹⁹⁶ Además de que no se dirige por igual a los posibles infractores, y ello sin justificación material de ese trato desigual, como se ha intentado mostrar en el texto. En todo caso, es comprensible que en términos no estrictamente jurídicos se pretenda calificar la expulsión como “pena” (encubierta), teniendo en cuenta la considerable dimensión que puede tener la aflicción de la medida en un determinado sector de supuestos, afirmando que aquí estaría el verdadero fraude de Ley (o de Constitución) en este asunto (cfr., por ejemplo, en esta línea Izquierdo Escudero, *La Ley 199-5*, pp. 1862 y s. [sometiendo a crítica la jurisprudencia del TC a este respecto]; Monclús Masó, SN, nº 34, 2001: “No cabe duda que la expulsión es un mal, en muchas ocasiones peor, para el extranjero extracomunitario, que el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Negar su carácter de pena en base a la mera calificación legal significa posibilitar el fraude a todas las garantías penales y procesales penales...”). Sin embargo, si, como se ha propuesto en el texto, se examina con detenimiento la regulación (y los efectos) de la expulsión, se percibe que éste es un caso distinto de la “mera” criminalización de un grupo mediante leyes penales identificativas: es algo más, es la exclusión de principio del sistema jurídico-penal.

¹⁹⁷ Cfr. supra III.4.c) y d).

¹⁹⁸ Por mucho que formalmente lo declare así ahora -desde la entrada en vigor de la LO 15/2003- el art. 96.3 CP.

¹⁹⁹ Cfr. supra nota 140.

de policía en materia de inmigración, porque no existe una planificación de la actuación administrativa y porque la aleatoriedad de sus efectos¹⁹⁹ impide considerarla un instrumento integrante de una verdadera política. Es una causa de levantamiento de la pena²⁰⁰ cuya finalidad es excluir del sistema jurídico a una categoría de personas²⁰¹. Parece claro que a un diagnóstico tan radical²⁰² le debe seguir la propuesta de consecuencias igualmente radicales. Si se trata de un sector de regulación estructuralmente ilegítimo, debe eliminarse. Y esta parece ser la propuesta adecuada para la medida penal²⁰³ de expulsión: debe desandarse el camino iniciado en 1985, debe eliminarse la expulsión del Código penal²⁰⁴, manteniéndose sólo, en todo caso, como sustitutivo de la pena (o del proceso penal) en muy determinados supuestos; en aquellos en los que esa medida convenga a la resocialización del sujeto en cuestión -y con su consentimiento-, y de modo limitado a penas de poca relevancia (quizás: hasta dos años de prisión)²⁰⁵. Porque los ciudadanos -y para el Derecho *penal* de un Estado de Derecho, lo es cualquier ser humano- deben ser tratados por la Ley de acuerdo con el principio de igualdad.

¹⁹⁹ En esta línea ya Lascrain Sánchez, en Rodríguez Mourullo (dir.) / Jorge Barreiro (coord.) et al., ComCP, p. 291.

²⁰⁰ Siendo construida esa categoría precisamente mediante la exclusión jurídica. En todo caso, téngase en cuenta que la lógica de la exclusión trasciende al sistema jurídico y se transmite a los demás ámbitos vitales: "...la diferencia de inclusión y exclusión sirve como una especie de metacódigo que mediatiza a todos los demás códigos" (Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 583); "Quien no tiene dirección, no puede enviar a sus hijos a la escuela. Quien no tiene papeles, no puede casarse, no puede solicitar prestaciones sociales." (idem, *op.cit.*, p. 584). Y ello, según Luhmann, es un mecanismo de control: "Si se define integración como limitación de los grados de libertad de las partes integradas, entonces se percibe inmediatamente que precisamente el ámbito de la exclusión presenta un funcionamiento altamente integrado... La exclusión de un ámbito funcional impide la inclusión en otros." (ibidem).

²⁰¹ En el sentido de que la idea de incorporar la expulsión-extrañamiento al ordenamiento jurídico-penal es ilegítima de raíz.

²⁰² Otra cuestión completamente distinta -a abordar en el marco de un estudio integral del Derecho de extranjería- es la valoración de la regulación actual de la medida administrativa de expulsión.

²⁰³ No parece conveniente contentarse con un mero regreso a la redacción original introducida en 1995. En primer lugar, porque su sola presencia como medida relevante de carácter penal supone una indebida conexión -como se ha señalado en la doctrina, cfr. supra nota 181- entre el status administrativo irregular a efectos de residencia (y la medida administrativa de expulsión) y la realización de hechos delictivos. En segundo lugar, porque, como se ha intentado mostrar en el texto, no se aprecia cuál puede ser una fundamentación legítima de la diferencia de trato, incluso en los términos de la regulación de 1995. En este sentido, parece que los objetivos legítimos de armonización entre expulsión administrativa y proceso penal (y desde la perspectiva de éste, con base en consideraciones de prevención especial relativas a la persona del penado) pueden alcanzarse con normas de alcance mucho más limitado.

²⁰⁴ Siguiendo la propuesta formulada por Asúa Batarrita, en Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración*, pp. 95 y s.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez Álvarez. (1999). “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal”, en VVAA, *El extranjero en Derecho penal sustantivo y procesal*, CGPJ, 5.
- Ambos. (2002). *Der allgemeine Teil eines Völkerstrafrechts*.
- Aránguez Sánchez. (2001). “Reformas introducidas en el Código penal por la LO 4/2000 (Disposiciones finales primera, segunda y tercera)”, en Moya Escudero (coord.), *Comentarios sistemáticos a la ley de extranjería*.
- Arroyo Zapatero. (2001). “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en Berdugo Gómez de la Torre (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca.
- Asúa Batarrita. (2002). “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 (coord.), *Inmigración y Derecho penal*.
- Berber Burusco. (2002). “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*.
- Brandariz García. (2004). “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en Faraldo Cabana (dir.)/Brandariz García /Puente Aba (coord.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*.
- Cancio Meliá. (2000). “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, en Jakobs / Cancio Meliá, *Conferencias sobre temas penales*.
- _____ (2002). “«Derecho penal» del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, en JpD, nº 44.
- _____ (2003). “¿«Derecho penal» del enemigo?”, en Jakobs /Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*.
- CGPJ. (2003). *Estudios, informes y dictámenes. Informes del Consejo General del Poder Judicial sobre las Reformas Penales*, Madrid.
- Conde-Pumpido Tourón. (2004). “Delitos contra los derechos de los extranjeros”, en Martín Pallín (dir.), *Extranjeros y Derecho penal*, CGPJ.
- Cugat Mauri. (2001). “La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho penal”, en RDPP, nº 6.
- De Lamo Rubio. (1997). *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*.
- De León Villalba. (2003). *Tráfico de personas e inmigración ilegal*.
- De Lucas. (1996). *Puertas que se cierran, Europa como fortaleza*.

- _____ (2003). “Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado”, en Remiro Brotóns/Martínez Capdevila (ed.), *Movimientos migratorios y Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM), nº 7.
- _____ Torres. (2002). en Eidem (eds.), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos?, Algunos desafíos y (malas) respuestas*.
- De Vicente Martínez. (2003). “Derecho sancionador en materia de extranjería”, en de León Villalba (coord.), *Derecho y prisiones hoy*.
- Delgado-Iribarren/García Campero. (1996). *Ley Orgánica del Código penal. Trabajos parlamentarios*, tomo I.
- Díaz Pita y Faraldo Cabana. (2002). “La utilización simbólica del derecho penal en la reforma del Código Penal de 1995”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal (RDPP)*, nº 7.
- Díez Ripollés. (1998). “Trata de seres humanos y explotaciones sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española”, *Revista penal (RP)*, nº 2.
- _____ (2001). “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Actualidad Penal (AP)*.
- _____ (2004). “El nuevo modelo de seguridad ciudadana”, en *JpD*, nº 49.
- Faraldo Cabana. (2004). “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo Cabana (dir.) / Brandariz García / Puente Aba (coord), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*.
- Feijóo Sánchez. (2001). “Sobre el contenido y evolución del Derecho Penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4.
- Flores Mendoza. (2002). “La expulsión del extranjero en el Código penal español”, en Lorenzo Copello (coord.), *Inmigración y Derecho penal*.
- García España. (2002). “La delincuencia de inmigrantes en España”, “Los extranjeros en cárceles españolas”, en Lorenzo Copello (coord.), *Inmigración y Derecho penal*.
- _____ Rodríguez Candela. (2002). “Delitos contra los derechos de los extranjeros (artículo 318 bis del Código Penal)”, en *AP*, nº 29, 15 al 21 de julio de 2002.
- Gascón Abellán. (2001). “Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración”, *JpD*, nº 40.
- Gómez Iniesta. (2003). “Delincuencia e inmigración”, en de León Villalba (coord.), *Derecho y prisiones hoy*.
- González Cussac. (2003) “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, en *Revista Xurídica Galega*, nº 38.

- Gracia Martín. (2003). Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de la criminalidad.
- _____ (2005). “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo»”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) n° 7.
- _____ Alastuey Dobón. (2004), en Gracia Martín (coord.), Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, (3ª ed.).
- Hernández Hernández. (2004), en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), Código penal comentado, tomo I (arts. 1 al 318 bis).
- Izquierdo Escudero. (1997). “Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 106/1997 de 17 de abril”, en La Ley, 1997-5.
- Jakobs, G. (1985). “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”.
- _____ (1991). Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, (2ª ed.).
- _____ (1995). Derecho penal, Parte General. Los fundamentos y la teoría de la imputación.
- _____ (1997). “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en Estudios de Derecho penal.
- _____ (1999). “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en CGPJ/Xunta de Galicia (ed.), Estudios de Derecho judicial, n° 20.
- _____ (2000). La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente, en Eser / Hassemer / Burkhardt.
- (2000). Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick.
- _____ (2003). Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.
- _____ (2004). Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck.
- _____ (2004). La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, en Muñoz Conde. Kindhäuser. (1989). Gefährdung als Straftat.
- Landrove Díaz. (1996). Las consecuencias jurídicas del delito, (4ª ed.).
- Lascano. (2004). “Principio de culpabilidad y Derecho penal del enemigo: nuevas tendencias inocuidadoras”, en Universidad Nacional Mayor de San Marcos (ed.), XVI Congreso latinoamericano/VIII iberoamericano y I Nacional de Derechopenal y criminología.

- Lascurain Sánchez. (1997), en Rodríguez Mourullo (dir.) / Jorge Barreiro (coord.), et al., Comentarios al Código penal.
- Laurenzo Copello. (2003). “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época (RDPCr), nº 12.
- _____ (2004). “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión”, en Jueces para la democracia (JpD), nº 50.
- Luhmann, N. (1997). Das Recht der Gesellschaft, (2ª ed.).
- Manzanares / Cremades. (1996). Comentarios al Código penal.
- Manzanares Samaniego. (1997), en Conde-Pumpido Ferreiro (ed.), Código penal. Doctrina y Jurisprudencia, tomo I.
- Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco. (1996). Las consecuencias jurídicas del delito, (3ª ed.).
- Maqueda Abreu. (2004). “¿Cuál es el bien jurídico protegido en el artículo 318 bis. 2? Las sinrazones de una reforma”, en RDPP, nº 11.
- Moldenhauer / Michel. (1986). Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse.
- Monclús Masó. (2001). “La expulsión de extranjeros como sanción penal encubierta”, en Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales (SN), Universidad de Barcelona, nº 94.
- _____ (2002). “La «gestión» penal de la inmigración: otra excepción al Estado de derecho”, en Panóptico, nº 3.
- Muñoz Conde. (1994). “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”, en DOXA, 15-16, vol. II.
- _____ (2003). Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, (4ª ed.).
- _____ García Arán. (2004). Derecho penal. Parte General, (6ª ed.).
- Navarro Cardoso. (2002). “Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en RP, nº 10.
- Olivar de Julián. (2002). “El tráfico de migrantes y la trata de personas. Problemas e intentos de solución”, en Anales de Derecho, Colección Huarte de San Juan, Universidad Pública de Navarra, nº 3.
- Palomo Del Arco. (2001). “Criminalidad organizada e inmigración ilegal”, en Granados Pérez (dir.), La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos, CGPJ, 2001.
- Paz Rubio. (2004). “Expulsión de extranjeros”, en Martín Pallín (dir.), Extranjeros y Derecho penal.
- _____ (2004). “Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional”, LLP, nº 10.

- Peris Riera / Madrid Conesa. (2000), en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo III (arts. 24-94).
- Pérez Cepeda. (2004). *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*.
- Pérez del Valle. (2001). “Sobre los orígenes del «Derecho penal del enemigo»”, en *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, nº 75.
- Piñol Rodríguez (2002), en Suárez / Mira / Rodríguez (coord.) et al., *Manual de Derecho Penal I. Parte General*.
- Polaino Navarrete, *Derecho penal, Parte General*, tomo I: *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4ª edición, 2001, pp. 185 y ss.;
- Portilla Contreras. (2002). “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del «enemigo» tras el atentado del 11 de septiembre de 2001”, mientras tanto nº 83, 2002.
- _____ (2004). “El Derecho penal y procesal del «enemigo». Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en López Barja de Quiroga / Zugaldía Espinar (coord.), *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I.
- Poza Cisneros. (1996). “Formas substitutivas de las penas privativas de libertad”, en eadem (dir.), *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal, CGPJ*.
- Prats Canut. (2002), en Quintero Olivares / Valle Muñiz, *Comentarios al nuevo Código penal*, (2ª ed.).
- Prittwitz. (2001). “Nachgeholtte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminales für Europa”, *ZStW* 113.
- Rodríguez Candela. (1998). “La expulsión del extranjero en el nuevo Código penal”, en *JpD*, nº 33.
- Rodríguez Mesa. (2001). *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*.
- Rodríguez Montañés. (2001). “Ley de Extranjería y Derecho Penal”, en *La Ley*, nº 5261, de 6 de marzo de 2001.
- Rodríguez Mourullo. (1966) *La omisión de socorro en el Código penal*.
- Roma Valdés. (1999). “La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de los delincuentes extranjeros”, en *AP*, nº 45.
- Sáinz-Cantero Caparrós. (2002). *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*.
- Sánchez Lázaro. (2002). “El nuevo delito de tráfico ilegal de personas”, en Lorenzo Copello (coord.), *Inmigración y Derecho penal*.
- Sánchez Yllera. (1995). en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, volumen I (arts. 1 a 233).
- Sanz Morán. (2004). “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, en *Revista de Derecho Penal (RDP)*, nº 11.

- Sanz Mulas. (2000). Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana.
- Scheerer. (2002). Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien.
- Schulz, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendewende”, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 112, 2000, pp. 659 y ss.;
- Schünemann. (2001). “Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendewende”, en GA, 2001.
- _____ (2003). “Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung”, en Goldammer’s Archiv (GA).
- Serrano Butragueño. (2002), en del Moral García / Serrano Butragueño, Código penal. Comentarios y jurisprudencia, tomo I (arts. 1 a 137), (3ª ed.).
- Serrano Pascual. (1999). Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español.
- Serrano Piedecosas. (2002). “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Lorenzo Copello (coord.), Inmigración y Derecho penal.
- Sequeros Sazatornil. (2003). “El marco penal de la inmigración”, en AP.
- Silva Sánchez. (2001). La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, (2ª ed.).
- Terradillos Basoco. (1998). “Migraciones ilegales”, en Revista de Derecho Social (RDS), nº 4, octubre-diciembre.
- _____ (2001). “Tráfico ilegal de emigrantes”, Conferencia pronunciada en el XIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, en Zuñiga Rodríguez / Méndez Rodríguez / Díaz-Santos (coord.), Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías, 2001.
- _____ (2004). “Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico”, en Acale Sánchez (coord.), Temas de Derecho penal económico, III. Encuentro hispano-italiano de Derecho penal económico.
- Teubner. (2002). “Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado”.
- Velasco Caballero. (2003). “Expulsión administrativa, devolución, retorno y otras «salidas obligatorias»”, en Pomed Sánchez / Velasco Caballero, Ciudadanía e inmigración.
- Vogel. (2004). “Derecho penal y globalización”, en Cancio Meliá (ed.), Globalización y Derecho, en prensa para AFDUAM, nº 8.
- Wolf y Schneider (1973) Rechtsphilosophie, (8ª ed.).
- Young. (2003). La sociedad “excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía.
- Zaffaroni. (2004). “El Derecho penal liberal y sus enemigos”, en Investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Castilla-La Mancha.