

A propósito del régimen jurídico sancionador referido a la lucha contra la inmigración clandestina y el tráfico de seres humanos

José Ricardo DE PRADA SOLAESA

El subsistema administrativo-procesal-penal contra el inmigrante ilegal. Como pone de relieve Portilla Contreras¹, a partir de los años ochenta, al mismo tiempo que se generaba una legislación contra los tradicionales enemigos del Estado —la criminalidad organizada encarnada en el terrorismo y el tráfico de drogas—, surge otra de carácter administrativo-procesal-penal contra el inmigrante ilegal², quien, como consecuencia de la crisis económica del sistema capitalista, pasa directamente de ser un elemento útil para el desarrollo de las economías a integrarse dentro del concepto de “enemigo” a combatir. El régimen jurídico sancionador (administrativo y penal) contenido en nuestro ordenamiento jurídico referido a la lucha contra la inmigración clandestina y el tráfico de seres humanos, tal como se mantiene en este trabajo, no es en realidad sino un apéndice de este subsistema. Tradicionalmente el ordenamiento jurídico se ha preocupado por establecer una desigualdad jurídica en relación con los inmigrantes en general que, aparte de sus innegables efectos reales, tiene otro simbólico, en sentido de ser representativa de la inferioridad en el plano antropológico que se quiere significar precisamente como consecuencia de la inferioridad en el plano jurídico³, a ello se une todo el conjunto de normas administrativo-procesal-penales que pretenden mostrar a cierta inmigración, la irregular, como un peligro a combatir a toda costa, utilizando para ello incluso como pretexto los fenómenos delictivos oportunistas que la victimizan y que envuelven y se derivan precisamente de la restricción, la ilegalidad y la clandestinidad a que queda reducida.

La evolución de los flujos migratorios en Europa. Puede decirse que si ha habido un cambio de naturaleza histórica significativo en el continente europeo en el último tercio del siglo XX, ha sido preci-

samente el de la variación sustancial del significado de las corrientes migratorias (López Garrido⁴).

En la segunda mitad del XIX y hasta el primer tercio del XX se produjo un fuerte movimiento migratorio transoceánico (entre 1846 y 1924 habrían emigrado cincuenta y cinco millones de europeos) desde Europa hacia Estados Unidos y otros países americanos, que se tradujo en asentamientos definitivos⁵ en aquellos países. La crisis económica del 29 marcó el momento cuando Estados Unidos implanta para los extranjeros el requisito de permiso previo para poder competir en el mercado de trabajo, como medida proteccionista contra el paro interno. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, los países europeos más desarrollados comenzaron a absorber mano de obra, por lo que se redujo el anterior flujo humano hacia América, haciéndose de carácter temporal, tal como también lo fue el desplazamiento intraeuropeo que se generó a continuación, sobre todo desde el Sur: Portugal, España, Italia, Grecia y Turquía, hacia los países del norte y centro-europa. En 1959, en el momento en que entra en vigor el Tratado de Roma, las tres cuartas partes de los trabajadores inmigrantes en el área de la CEE eran originarios de Italia. Posteriormente la proporción se invierte y ya en 1973 las tres cuartas partes de los trabajadores inmigrantes venían de países exteriores a la CEE.

El otro hito lo constituye la crisis económica de 1973, coincidente en el tiempo con la primera ampliación de la Comunidad europea. El absoluto cambio del marco económico que se produjo con respecto a la época anterior (con altos niveles de inflación y estancamiento de la economía, inestabilidad monetaria, altísimas tasas de paro, etc.), determinó que la demanda de fuerza de trabajo cesara drásticamente, lo que no ocurrió con los flujos migratorios que llevaban una dinámica propia, entre otras razones porque la crisis económica y social era todavía más profunda en países no europeos subdesarrollados. Es a partir de este momento cuando se impone en Europa una política claramente

¹ Portilla Contreras, Guillermo. *El Derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*. Texto mecanografiado.

² En ocasiones esa asimilación aparece perfectamente explicada, lo que ocurre ya desde antiguo por ejemplo con el Grupo TREVÍ (Terrorismo, Radicalismo, Extremismo, Violencia Internacional) que estaba integrado por los ministros de Justicia e Interior de los Estados comunitarios, y donde se incorporó España en 1979, primero como observador y, posteriormente, desde 1986, con el ingreso en la CE, como miembro de pleno derecho. Sorprendentemente, uno de los objetivos de este grupo era el prevenir y reprimir la inmigración clandestina organizada.

³ “En efecto, existe un nexo profundo entre democracia e igualdad y, a la inversa entre desigualdad en los derechos y racismo. Del mismo modo que la igualdad en derechos genera el sentido de igualdad basada en el respeto del otro como igual, la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual, o sea, inferior en el plano antropológico, precisamente por ser inferior en el plano jurídico”. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley de mas débil*. Introducción de perfecto Andrés Ibáñez. Madrid, 1999, pág. 58

⁴ López Garrido, Diego. *El derecho de Asilo*. Ed Trotta. Madrid, 1991, págs. 179 y ss.

⁵ Se distinguen, de acuerdo con los ya clásicos estudios de Chiroux o Lyon-Caen, dos tipos de movimientos migratorios: a) De carácter temporal: en estos casos el objetivo es conseguir con el desplazamiento una renta suficiente que permita una mejora en las condiciones de vida en el país de origen, al que se vuelve. b) De carácter definitivo: aunque inicialmente suele tratarse de un desplazamiento por tiempo provisional, la propensión a integrarse en el país de acogida suele impedir de hecho el retorno. De Lucas, Javier. *Europa: ¿Convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*. Ed. Tecnos, págs. 55 y ss.

te restrictiva de la entrada de extranjeros (especialmente de los no comunitarios), sin que el cambio de coyuntura económica que se produjo a partir de los ochenta supusiera ninguna clase de variación en la orientación, aunque sí trajo la definitiva transformación de la inmigración laboral en Europa, al incorporarse al grupo de países receptores de inmigración algunos que anteriormente habían sido productores de la misma y, sobre todo, porque dejó de ser un fenómeno exclusivamente intraeuropeo, pasando a ser otro, en el que los sujetos eran masivamente extracomunitarios y extraeuropeos con culturas muy diferentes, lo que además ha sido y es vivido en la mayoría de los países europeos como un problema complementario.

Surge, por tanto, la brutal transformación de la inmigración como fenómeno en general beneficioso para la economías de los países a fenómeno que pone precisamente en peligro la economía de los países. Sin embargo, en la actualidad, los países del primer mundo, caracterizados por una natalidad escasa, necesitan mano de obra extranjera para mantener el ritmo de su sistema productivo y hacer viables sus sistemas de seguridad social, por lo que están dispuestos a asumir una parte de la inmigración, pero viven la afluencia, sino masiva, sí en mayor número de lo deseado, de inmigrantes como una fuente de problemas: crecimiento del paro, delincuencia, integración, etc., para ello se considera imprescindible establecer rígidas normas de control de la inmigración, que regulen la entrada y permanencia de los extranjeros inmigrantes, creando categorías netamente diferenciadas entre los inmigrantes legales e ilegales que van mucho mas allá de ser una mera distinción administrativa, ya que tienen la virtualidad de convertir al inmigrante no deseado en un auténtico peligro, fuente de inmediata de casi todos los problemas que aquejan a nuestra sociedad actual.

La protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes. Igualmente ha sido puesto de manifiesto que el sistema jurídico actual se manifiesta frente al "nuevo enemigo" de modo contradictorio, ya que a la vez de negarle los derechos y garantías básicas, sin embargo parece introducir medidas "protectoras" del inmigrante ilegal. Estimamos que ésta es sólo una situación aparente, ya que lo que en realidad se nos está mostrando es una falsa paradoja que no tiene verdadero reflejo en la realidad. La consideración de "enemigo" que se hace del inmigrante ilegal pretende, necesita, no ser tan obvia como en los otros casos mencionados, tales como la criminalidad organizada encarnada en el terrorismo y el tráfico de drogas, y al efecto se envuelve de aparentes intenciones proteccionistas que en realidad quedan al descubierto en cuanto se somete a análisis lo que verdaderamente esta detrás de dichas normas, tal como tendremos ocasión de ver más adelante. Ello, estimamos, obedece a las profundas contradicciones que en esta materia se producen en las sociedades actuales, no sólo en lo que se refiere a la coexistencia de visiones ideológicas o políticas diferentes y la necesidad de llegar a resultados que no ofendan pro-

fundamente al contrario político, sino también por las contradicciones internas existentes incluso en el pensamiento menos conservador, en cuanto que la inmigración en general y la ilegal en particular, en una proclamada visión realista del tema, adquiere la consideración de verdadero problema social irresoluble, asumiendo la dialéctica inmigración legal-inmigración ilegal, la necesidad del establecimiento de límites a la inmigración, sin ser demasiado cuidadosos en señalar cuáles, y los correlativos medios de control sobre las fronteras, olvidándose a continuación de lo que hay detrás de la inmigración ilegal, todo ello como un mal menor, pero eso sí poniendo de manifiesto los problemas importantes pero accesorios que connotan las situaciones de inmigración ilegal, pasando a darles un tratamiento prioritario.

Estas posiciones políticas aparentemente encontradas en relación con el fenómeno de la inmigración, históricamente han llegado a producir, mas que planteamientos diferentes en relación con los temas difíciles, simplemente la creación de lenguajes disímiles en el momento de abordarlos, pero sin que a la hora de la verdad hayan desembocado en soluciones legales y de otro tipo radicalmente distintas, sino muy parecidas, sin que sean distinguibles mas que meras diferencias de matiz.

De ello resulta paradigmática la historia reciente de la legislación española sobre extranjería que, no obstante el definitivo valor que la otorga el artículo 13 de la CE, como configuradora de las libertades públicas de los extranjeros en España, ha puesto de manifiesto una permanente incapacidad de aceptación por parte del Estado de los marginados económicos.

Los Derechos Fundamentales de los extranjeros. No es el momento de entrar en el denso debate, que no obstante enunciamos, de si esa capacidad configuradora de las libertades públicas de los extranjeros en España a que nos referimos, que tiene la ley, tiene alguna clase de límites, en el sentido de no permitir que se despoje a los extranjeros que se encuentren en determinadas situaciones administrativas, de ciertos derechos fundamentales que, sin embargo, si les son reconocidos al resto de las personas.

Ferrajoli⁶ pone de manifiesto la identificación con la "ciudadanía" de todo el variado conjunto de derechos fundamentales, que se lleva a cabo en estos momentos por una parte relevante de la actual filosofía política, negando que sean derechos de las "personas", precisamente cuando nuestros acomodados países y nuestras ricas economías han comenzado a estar amenazadas por el fenómeno de las migraciones masivas.

Ciertamente, en lo que a nuestro derecho se refiere, es necesario reconocer la fuerte tensión existente entre la primera y segunda parte de lo que dice el artículo 13 de la Constitución. Como se recordará este precepto establece, primero, un mandato en el que se expresa que, con carácter general, los extranjeros, al igual que los nacionales españoles, son titu-

⁶ Ferrajoli, obra citada. Madrid, 1999, pág. 55.

lares de los derechos fundamentales recogidos en el Título Primero de la Constitución española, pero a su vez establece una importante reserva, dado que la aplicación de estos derechos será "en los términos que establezcan los tratados y leyes". Esta fórmula sirve de pretexto para las continuas interpretaciones que pretenden servir de justificación a ciertas soluciones legales extraordinariamente restrictivas de los derechos de los extranjeros que se manifiestan en nuestro ordenamiento jurídico, pero resulta claro que la interpretación correcta de este precepto constitucional requiere ponerlo en relación con otras normas y principios constitucionales.

Por una parte, hemos de dejar constancia de todos aquellos preceptos constitucionales que regulan cada uno de los derechos fundamentales de la persona, y que refieren expresamente quienes son los posibles titulares, en unos casos los mencionan de una manera explícita y en otros utilizan la fórmula del impersonal, pero se distingue claramente entre aquellos derechos atribuido en exclusiva a los ciudadanos españoles, de aquellos otros que son de carácter general. Así, en unos casos se habla de "todos" (art. 15), "toda persona" (art. 17.1), "todas las personas" (art. 24.1), o se utiliza el impersonal "se" (art. 18), sin exclusión de ninguna clase y, sin embargo, en otros se especifica que los titulares del derecho son sólo los españoles (arts. 11.2, 14, 19, 29, 30, 35 y 47), o los "ciudadanos" (arts. 23, 41 y 49). De entre estos últimos cabe destacar lamentablemente el artículo 14 CE, en el que literalmente se concede el ejercicio del principio de igualdad únicamente a los españoles.

Por otra parte, la Constitución, al mismo tiempo, contiene otras normas que, aunque no hacen referencia expresa al extranjero, pero que por su aplicabilidad general, necesariamente ha de entenderse que afectan de forma decisiva a su *status*. Me estoy refiriendo al artículo 10 CE relativo al derecho a la dignidad de las personas: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". Este precepto consagra la existencia de unos "derechos inherentes a la dignidad humana", sin decir cuales son y para los que no cabría distinguir entre nacionales y extranjeros, con independencia también de su situación⁷. También la Constitución ha configurado un "mandato interpretativo" en el artículo 10.2 que obliga al intérprete a incorporar las declaraciones internacionales de derechos — "de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" — como criterio hermenéutico obligatorio. Por tanto, vemos en la Constitución tres clases de normas referidas a los derechos fundamentales de los extranjeros: aquellas que lo hacen de forma específica, pero que reconducen el reconocimiento de sus derechos fundamentales en España a lo que otras normas desarrollen al respecto; aquellas otras referidas a todas las personas en general, y que por

tal no excluyen a los extranjeros; y un tercer grupo constituido por el artículo 10 de la Constitución referido a los inespecíficos, pero innegables, "derechos inherentes a la dignidad humana", de los que también deben gozar los extranjeros independientemente de su situación administrativa.

La tensión evidente entre las dos partes del precepto constitucional en los términos señalados entiendo que no tiene más que una posible solución, que es la de reconocer ciertos límites intranqueables a la "configuración legal" de los derechos de los extranjeros en España. En este contexto, y anticipando aspectos que se tratarán después, habría que preguntarse si ciertas normas tendentes a controlar la inmigración clandestina, al menos su aplicación en determinadas ocasiones, traspasa la frontera infranqueable de los derechos más elementales de la persona reconocidos en la propia Constitución para la generalidad de las personas y en los Tratados internacionales de protección de derechos humanos⁸. Las situaciones a que me refiero creo que son fácilmente imaginables.

Historia reciente de la legislación española sobre inmigración⁹. Haciendo un repaso rápido de lo acontecido en materia de legislación sobre inmigración ya en la época democrática, hemos de decir que hasta 1985, el ordenamiento legal se resumía en un conjunto de decretos, circulares y disposiciones sin rango de ley, con grave detrimento del principio de seguridad jurídica y que se caracterizaban por impedir la legalización del extranjero sin trabajo, bajo un principio tautológico: para obtener el permiso de residencia era necesario trabajar legalmente y para poder trabajar legalmente era imprescindible el permiso de residencia. Pero además bajo ese régimen se permitía acordar la privación de libertad del extranjero por motivos tales como su "conducta", "forma de vida" o "las relaciones personales". La detención, prisión y expulsión se realizaban por la policía sin ninguna clase de control judicial. La Resolución de 27 de septiembre de 1982 sobre expulsiones permitía la práctica de detenciones siempre que el extranjero, careciendo de antecedentes penales, presente indicios de peligrosidad, no posea la documentación, tenga caducada la estancia, trabaje de modo clandestino, carezca de visado, carezca de domicilio conocido, presenten indicios de peligrosidad o tuvieran antecedentes.

⁷ Ferrajoli al respecto (obra citada) nos dice: "en suma, llegado el momento de tomar en serio los derechos fundamentales, se ha negado su universalidad, condicionando todo su catálogo a la ciudadanía con independencia del hecho de que casi todos, exceptuando los derechos políticos y algunos derechos sociales, son atribuidos por el derecho positivo —tanto estatal como internacional— no solo a los ciudadanos sino a todas las personas".

⁸ Ferrajoli, a propósito de las tesis restrictivas en relación con la ampliación de los derechos fundamentales a los refugiados económicos, desarrolladas especialmente por las nuevas leyes de inmigración de los Estados, pone de manifiesto que "El resultado es un cierre de occidente sobre sí mismo que lleva consigo el riesgo de provocar no solo la quiebra del diseño universalista de la ONU, sino también una involución de nuestras democracias y la formación de una nueva identidad como identidad regresiva, compactada por la aversión hacia el diverso y lo que Habermas ha llamado "chovinismo del bienestar". Obra citada, pág. 58.

⁷ TC 2^a, S 30-09-1985, núm. 99/1985, Fecha BOE 05-11-1985. Pte: Tomás y Valiente, Francisco

Podemos decir que el primer paso normativo postconstitucional relevante lo constituye la, hasta hace poco vigente, Ley Orgánica 7/1985 (Desarrollada por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución) sobre derechos y libertades de los extranjeros, que marcó un hito al diseñar un instrumento de política de extranjería que permitió en su momento la corrección de las deficiencias de la normativa existentes (como hemos dicho constituida únicamente por normas dispersas y carentes de rango legal), y su adecuación al nuevo marco político democrático diseñado en la Constitución de 1978. Esta norma constituyó una pura y simple ley de extranjería, no de inmigración, en los que los aspectos de policía y control primaron por encima de otros, lo que encontraría su explicación en la necesidad de regular la situación de los extranjeros en España ante la inminente entrada de España en la Comunidad Europea el 1 de enero de 1986. No obstante, lógicamente, los derechos de los ciudadanos extranjeros condicionados por el texto de la norma constitucional a la configuración legal, quedarían inmediatamente ampliamente rebasados por las nuevas directrices emanadas del Parlamento Europeo y por la intensidad de los movimientos migratorios. Esta norma y su Reglamento de ejecución consiguen garantizar los derechos de los extranjeros legales con permiso de residencia y trabajo, pero dejan indefensos a los inmigrantes en situación irregular: los desempleados y a los que trabajan en el ámbito de la economía sumergida, etc. Otro aspecto relevante es que seguía concediendo competencias desorbitadas a la Administración Pública sin ninguna clase de intervención judicial. Al amparo de la citada ley se autorizaban privaciones de libertad por razones de orden público y peligrosidad, es decir, por causas que no son constitutivas de delitos ni de faltas y, en ocasiones, ni tan siquiera eran infracciones de las normas de extranjería, permitiéndose (art. 26.2) plazos de detención de hasta cuarenta días de duración.

El paso siguiente lo constituye la aprobación de la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Cabe destacar la propia denominación de la ley que introduce por primera vez en su enunciado el término: "integración social", lo que reflejaba una cierta voluntad por parte del legislador de construir un estatuto jurídico del extranjero y de articular los medios para integrar socialmente a aquellos, a cuya condición de extranjeros, se unía la de inmigrantes.

Como se sabe la promulgación de esta ley no fue pacífica, sino que se vio precedida por un intenso debate parlamentario, con un fuerte contraste de pareceres entre la postura mantenida por el Gobierno de la nación y la oposición. Lo que en realidad se estaba discutiendo era el grado de afectación de los derechos vinculados a la nacionalidad —en el sentido del artículo 14 de la Constitución— en beneficio de los ciudadanos extranjeros. El debate estaba marcado también por una opinión pública alarmada ante el incesante goteo de pateras,

por la inminencia de las próximas elecciones y, como telón de fondo, por la ausencia de una política definida en materia de extranjería por parte de la Unión Europea. Se ha puesto de manifiesto lo curioso del debate parlamentario, en el sentido de que el partido del gobierno criticaba el texto aprobado en el Congreso por entender que no seguía los lineamientos acordados el otoño anterior en el Consejo Europeo de Tampere y en general por apartarse de las recomendaciones y acuerdos alcanzados en esta materia en el seno de la Unión, en tanto que la oposición entendía que la situación era justamente la contraria. La explicación a esta diferencia tan radical de posturas se encuentra en las diferentes perspectivas de juicio mantenidas. De una manera simplista podemos decir que: una estimaba que la política de inmigración sólo o fundamentalmente dependía de la cooperación intergubernamental en el ámbito de los asuntos de interior, sobre todo para el control férreo de las fronteras exteriores de la comunidad; la otra, en cambio, atendía más a lo que eran las exigencias derivadas de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Lo que terminó ocurriendo como se sabe es que la aprobación de esta ley orgánica 4/2000 sin suficiente ni definitivo consenso parlamentario trajo como consecuencia inmediata un nuevo proceso de cambio legislativo que culminó con la rápida reforma de aquella. Lo que se dijo desde una posición conservadora alentada sobre todo por el partido político en el poder es que su entrada en vigor provocaba efectos contrarios al necesario control y dominio de los flujos migratorios por parte del Estado, lo que producía efectos contraproducentes de cara a la integración de los inmigrantes, al contribuir a generar "racismo" y "xenofobia" por parte de los españoles que se veían amenazados por una inmigración incontrolada, además de clamar alarmantemente sobre la segura producción de un indeseable "efecto llamada" en el entorno potencial de emigración hacia España, provocada, se decía, por el proceso de regularización establecido por la ley, afirmándose también que determinados aspectos de la norma incidían negativamente en el necesario esfuerzo de la Administración en su lucha contra las mafias y redes ilegales de "trata de seres humanos". De la misma manera se argumentaba la falta de conformidad con las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea en Tampere el 16 y 17 de noviembre de 1999. Por el contrario, frente a esas opiniones, otros grupos, asociaciones y fuerzas políticas de ideología menos conservadora consideraban que la modificación de la ley orgánica 4/2000 vendría a significar un retroceso en los derechos y otros aspectos básicos de los inmigrantes, y que finalmente prevalecería una filosofía contraria en la que se apostaba por mayores medidas policiales de control, en detrimento de una mayor cooperación y solidaridad. La modificación de la ley 4/2000 definitivamente llegó por Ley orgánica 8/2000 de 22 de diciembre de ese mismo año y, resulta necesario reconocerlo, representa el reflejo legislativo de la inquietud existente en la materia, sobre todo entre

los políticos conservadores, y de los múltiples intereses en juego que subyacen, y con ello no nos referimos precisamente a los de los inmigrantes, sino claro está, a los de los Estados y no sólo los del Estado español; lo que en definitiva ha venido a desembocar en un incremento de la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal.

No me corresponde realizar en el estrecho ámbito de este estudio un análisis crítico del resultado producido como consecuencia de las reformas introducidas por la ley orgánica 8/2000 sobre la ley 4/2000. Únicamente, en una exposición objetiva del tema, pongo de manifiesto que esta nueva ley en su Exposición de motivos establece como justificación de reforma que "la normativa debe ser conforme con los compromisos asumidos por España, concretamente, con las conclusiones adoptadas en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia" y expresa como elementos orientadores de la reforma, de una parte, que la "normativa forma parte de un planteamiento global y coordinado en el tratamiento del fenómeno migratorio en España, que contempla desde una visión amplia todos los aspectos vinculados al mismo, y, por ello, no sólo desde una única perspectiva, como pueda ser la del control de flujos, la de la integración de los residentes extranjeros, o la del codesarrollo de los países de origen, sino todas ellas conjuntamente". En esa línea "con relación al régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros, —indica dicha exposición de motivos— que la premisa que ha informado las modificaciones efectuadas sobre su articulado ha sido la de establecer un régimen de situaciones y permisos que incentiven a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular" y ha sido adaptada a lo establecido "respecto a la entrada, régimen de expedición de visados, estancia y prórroga de estancia en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen".

Pero como contrapartida en su Título III, relativo a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, se han introducido importantes modificaciones referidas: "a la lucha contra la inmigración ilegal y a la mejora de los mecanismos para evitar la inmigración ilegal"; entre las que se encuentran: "los instrumentos que permitan hacer efectivo el cumplimiento de las normas, en este caso, de aquéllas que rigen la entrada y permanencia en territorio español," es decir, "la introducción como infracción sancionable con expulsión la permanencia de forma ilegal en el territorio español", "pretendiéndose, con ello, —dice la Exposición de motivos— "incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal, al nivel de otros Estados miembros de la Unión Europea, que cuentan en sus ordenamientos jurídicos con la posibilidad de expulsar a los extranjeros que se encuentran en esta situación, un criterio que se refleja en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere"¹⁰.

La más reciente aportación normativa en la materia la constituye el Reglamento aprobado en fecha 20 de julio pasado, de ejecución de la indicada ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Como indica Portilla Contreras, tampoco la nueva LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000 se ha separado de la legislación de "enemigos" anteriormente reconocible. Igualmente recorta los derechos de los inmigrantes sin autorización de estancia o residencia, lo que confirma el hecho de que sea dudosa la posibilidad de tutela judicial efectiva cuando el inmigrante es rechazado en la frontera; les niega las libertades de reunión, asociación, manifestación, sindicación y huelga, la regularización requiere el transcurso de cinco años, siendo, además, muy amplias las posibilidades de expulsión porque pueden basarse en irregularidades administrativas tales como la ausencia del permiso o su caducidad, trabajar sin autorización o encontrarse irregularmente en España...

Coincidimos plenamente en la síntesis que extrae este autor del repaso de la legislación postconstitucional en materia de inmigración. Efectivamente, también en el caso de la inmigración es incuestionable la instauración de un sistema penal-procesal y administrativo que ha venido recortando sistemáticamente, durante estos años, los principios en los que se inspira el Estado de Derecho, con la desaparición paulatina de las garantías del procedimiento cuando los afectados son los enemigos.

EL SISTEMA NORMATIVO VIGENTE DE LUCHA CONTRA LA INMIGRACION CLANDESTINA Y EL TRAFICO DE SERES HUMANOS

Existen repartidas por el ordenamiento jurídico español una pluralidad de normas cuyo cometido sería la evitación, por vía de la sanción, de: la inmigración clandestina, la contratación de mano de obra ilegal, el menoscabo de los derechos de los inmigrantes trabajadores, el tráfico ilegal de mano de obra y su explotación sexual. Estas normas integran un específico derecho sancionador en materia de inmigración, constituido por normas de carácter administrativo y normas estrictamente penales, existiendo en algunos casos duplicidad de regulación de conductas sancionables, en el sentido de que una misma conducta o semejante viene contemplada, lo mismo como infracción administrativa, que también como penal, sin que, a no ser en supuestos excepcionales, sea posible establecer una doble sanción sin que llegue a conculcarse el principio de "non bis in idem". Se plantea, por tanto, en muchos casos la colisión entre normas administrativas y normas penales, aparentemente con un mismo o al menos semejante contenido sancionador en lo que se refiere a las conductas que se tratan de evitar, con un campo de juego entre uno y otro ordenamiento jurídicamente no suficiente-

tos socialmente negativos —ilegalidad, miseria, conflictividad e incluso delincuencia— que a otros de indudable valor para el desarrollo de la sociedad de acogida, como la contribución a la mejora de la economía y la contención de la decada tasa de natalidad. En "Balance inmigrante". *El País*, 20-02-2002

¹⁰ La ley ha servido, mas bien, para articular un mensaje oficial receloso frente a la inmigración, asociandola mas a concep-

mente bien delimitado, que lleva en ocasiones a soluciones judiciales sorprendentes o al menos insatisfactorias. Por otra parte, en el plano de la realidad, no siempre la sanción penal es más severa en sus resultados finales que la administrativa, ya que aquella goza normalmente para los delincuentes primarios de ciertas posibilidades de no cumplimiento condicional de condena, lo que no ocurre en el caso de la administrativa, habida cuenta que, aunque la sanción resulte cuantitativa y cualitativamente inferior, siempre se cumple

Dentro de este elenco de normas podemos distinguir, según el destinatario o sujeto pasivo de las normas, las referidas al propio inmigrante ilegal, al tercero transportista y las referidas al empleador y al traficante ilegal de personas, como asimismo al que realiza actos de explotación sexual

Normas administrativas sancionadoras referidas al propio inmigrante ilegal. El artículo 53 de la Ley Orgánica 8/2000 considera como infracciones administrativas graves susceptibles de expulsión del territorio español: a) encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente; b) encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida; c) incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio.

Normas administrativas sancionadoras referidas al tercero transportista. El artículo 54 de la Ley Orgánica 8/2000 considera como infracciones administrativas muy graves, susceptibles de ser sancionadas con multa desde 1.000.001 hasta 10.000.000 de pesetas. (aprox. de 6.000€ a 60.000€): a) el transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre, hasta el territorio español, por los sujetos responsables del transporte, sin que hubieran comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros; b) el incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España. No se considera sancionable el hecho de transportar hasta la frontera española a un extranjero que, habiendo presentado sin demora su solicitud de asilo, ésta le ha sido admitida a trámite.

Normas administrativas sancionadoras referidas a terceras personas que realicen actos referidos a la inmigración clandestina o la contrata-

ción ilegal de trabajadores extranjeros. El artículo 54 de la Ley Orgánica 8/2000 considera como infracciones administrativas muy graves, susceptibles de ser sancionadas con multa desde 1.000.001 hasta 10.000.000 de pesetas. (aprox. de 6.000 a 60.000€): b) 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; d) la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados. Se establece también como sanciones accesorias para estos casos el comiso, los bienes, efectos e instrumentos utilizados para la infracción que podrán ser aprehendidos desde las primeras intervenciones: así como la clausura de establecimientos o locales desde seis meses a cinco años.

Normas penales referidas a terceras personas que realicen actos referidos a la inmigración clandestina, la contratación ilegal de trabajadores extranjeros, tráfico de seres humanos o su explotación sexual. La regulación básica venía contenida en el Código Penal de 1995 que ya contenía una serie de tipos penales dentro del Título XV del Código Penal referido a los delitos contra los derechos de los trabajadores. Por Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril se incorpora en el Código Penal una regulación autónoma incriminadora de las conductas de tráfico de personas con fines de su explotación sexual. Por Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de 2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social se modifica la anterior regulación y se introduce "ex novo" en el Código Penal el nuevo Título XV bis, relativo a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, como también se incluyen conductas de esta naturaleza dentro de la regulación de las asociaciones ilícitas.

El artículo 312 del CP castiga con penas de prisión de dos a cinco años y multa: a los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra, a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

El artículo 313 CP se refiere (y castiga con las mismas penas) al que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, y al que simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país.

El artículo 318 bis CP referido de forma genérica a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros castiga: A 1) Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España (penas de prisión de seis meses a tres años y multa). Se prevén agravaciones de penas para dichas conductas cuando: 2) se realicen con ánimo de lucro, o em-

pleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima (en este caso penas de prisión de dos a cuatro años y multa); 3) en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad; 4) se realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público; 5) el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades (penas superiores en grado).

El artículo 515 del CP considera integrada dentro de las asociaciones ilícitas punibles a aquellas que promuevan el tráfico ilegal de personas, estableciendo la pena de prisión de dos a cuatro años, multa (art. 517 CP) para los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, y para el resto de los miembros activos, la de prisión de uno a tres años y multa.

El artículo 518 del CP castiga a los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones que promuevan el tráfico ilegal de personas (en esta caso pena de prisión de uno a tres años y multa).

Por su parte el artículo 188.2, establece penas de prisión de dos a cuatro años y multa para el 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, preveyéndose una agravación cuando exista prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

La finalidad de este trabajo no es la de hacer una exégesis de la normativa penal en materia de inmigración. Evito, por tanto, hacer cualquier análisis pormenorizado de los elementos integrantes del tipo delictivo, modalidades y demás circunstancias, así como de las específicas cuestiones jurisprudenciales que suscitan

Por el contrario sí quiero hacer tres breves consideraciones sobre los delitos que se acaban de describir, referidas a puramente aspectos generales de los mismos. Pretendo con ello, no tanto como desmitificar, pero sí dejar en su justo lugar el valor "protector" de la inmigración que tiene esta legislación, en el sentido de que aunque aparentemente, y así parezca deducirse de la rubrica bajo la que se encuentran regulados, se protejan los derechos fundamentales de los extranjeros inmigrantes, sobre todo en situación irregular, en realidad son fundamentalmente instrumentos penales para el control de la inmigración ilegal, no apartándose en realidad de los principios del derecho penal de enemigos al que nos venimos refiriendo.

La primera de las consideraciones se refiere al bien jurídico protegido en general por estos delitos y específicamente por el referido al tráfico ilegal de personas previsto en el artículo 318 bis del Código Penal, que se integra en un llamativo título que reza como de: "los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros".

La observación que quiero hacer se refiere a que, a tenor de lo que dice la indicada rúbrica, lo que aparentemente se estaría protegiendo con este artículo son, preferentemente, los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros como colectivo. Sin embargo, frente a las tesis que sostienen algunos autores que quieren ver como bien jurídico de estos delitos (Serrano Piedecosas¹) "el derecho de todo emigrante legal a alcanzar una plena integración social", otros (Rodríguez Montañés, Barber Bursusco) analizando el texto del referido artículo 318 bis, que se limita a tipificar diversas conductas relacionadas con el tráfico ilegal de personas, ponen de relieve que esa pretendida integración del inmigrante no parece ser siquiera la "ratio legis" del precepto.

Estamos de acuerdo con Rodríguez Montañés² en que en realidad los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros como colectivo constituyen meramente: "bienes intermedios con función representativa" (Jakobs) de otro bien jurídico supraindividual institucionalizado, espiritualizado o de los "intereses difusos" del orden socioeconómico en sentido amplio, es decir, del 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, y en la medida en que el fenómeno migratorio constituye esencialmente un fenómeno social y económico y como tal, una cuestión de Estado. Habría que concluir, por tanto, que nos encontramos en realidad ante un delito contra el orden socioeconómico y que, por tanto, se tutela uno de los aspectos del mismo, tutela que se lleva a cabo mediante la técnica de los delitos de peligro en "abstracto", ante la imposibilidad de tipificar la lesión o la concreta a puesta en peligro, recurriendo para ello a objetos o bienes intermedios, que serían puramente instrumentales, en este caso, los derechos de los emigrantes como colectivo, y que tienen la función de representar al bien jurídico institucionalizado o al interés difuso que, en definitiva, es lo que se quiere ante todo proteger.

Lo mismo cabe afirmar en relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores ya vistos³. El TS en S 05-02-1998, en relación con el tipo penal previsto en el artículo 499 bis 3º del CP derogado, precedente de los artículos 312 y 313 del CP vigente ha tenido ocasión de pronunciarse en el sentido de que "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

¹ Serrano Piedecosas, "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros" en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal* (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000) *Manuales de formación continuada*, 5, CGPJ, Madrid, 2000, págs. 385 y ss.

² Rodríguez Montañés, Teresa. "Ley de Extranjería y Derecho Penal" *La Ley* nº 5261, 6 3.2001.

³ Ver: Martínez Buján Pérez, Carlos. *Derecho Penal económico Parte especial*. Valencia 1999, págs. 469 y ss. También mismo autor *Derecho Penal económico Parte general*. Valencia, 1998, págs. 93 y ss.

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 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”, idea que ha sido ampliamente recogida por abundante jurisprudencia de las Audiencias Provinciales¹⁴.

Por otra parte, aunque la rúbrica que contiene estos delitos se refiera en unos casos a los derechos de los trabajadores y en otro a los extranjeros en general, claramente son tipos penales que tienen como objetivo inmediato la inmigración ilegal, ya que aunque no se explicita en las descripciones típicas quienes son los sujetos pasivos del delito, estimamos que no cabe que sea otro que el inmigrante en situación ilegal.

La segunda reflexión conectada con la anterior hace referencia a la naturaleza de las conductas delictivas que se describen tanto en los tipos referidos al tráfico ilegal de mano de obra (312), inmigración clandestina (313) como de tráfico ilícito de personas (318 bis), en cuanto que no se describe en realidad en que ha de consistir el tráfico que se pretende prohibir. La única referencia es la del propio término, que de por sí no aporta demasiado y su calificación como de ilícito, lo que tampoco añade mucho de cara a la discriminación de las posibles conductas punibles. Esta observación tiene relevancia para determinar si lo que se está protegiendo es simplemente, adoptado la terminología inglesa de los protocolos adicionales II y III a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (A/RES/55/25), el “smuggling of Migrants” o por el contrario es el “trafficking in Persons”, que ha quedado traducido al español por tráfico ilícito de migrantes en el primero de los casos y trata de seres humanos en el segundo de los casos. Claramente, el artículo 318bis del CP no se refiere en exclusiva a los supuestos de trata de seres humanos, sino que también englobaría bajo su ámbito de punición conductas de “smuggling”, es decir de contrabando o movimientos meramente ilegales de emigrantes, pero que, al no requerir el tipo básico, tal como hemos visto con anterioridad, un beneficio económico, que por el contrario sí conforma como elemento característico la definición general de “tráfico ilícito de migrantes”, previsto en el Protocolo (anexo III) relativo al tráfico (“smuggling”) de migrantes por tierra mar y aire a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, permite, en principio la incriminación de cualquier actividad tendente a favorecer cualquier acto de inmigración ilegal, independientemente de la finalidad o motivación que pudiera tener el sujeto, incluido cualquier acto de ayuda humanitaria

a la inmigración ilegal, en cuanto son actividades que perfectamente pueden integrar la amplitud descriptiva del tipo del artículo 318 bis CP, es decir tienen una clara aptitud para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España.

La tercera y última de las observaciones pone de manifiesto una contradicción de “facto” y hace referencia a la escasa utilización real que estos tipos delictivos están teniendo en España. Parto para hacer esta afirmación de las cifras sobre la inmigración clandestina que habitualmente se manejan¹⁵, que aunque no del todo fiables, si son útiles a los efectos aproximativos que nos interesan, y elevarían ésta a varios cientos de miles de personas que se encontrarían ilegalmente ocupados en sectores opacos de la economía. Sin embargo, lo que sí es necesario poner a renglón seguido de manifiesto es que a tenor de los datos oficiales disponibles extraídos de la última memoria de la Fiscalía General del Estado, durante el año 2000 se iniciaron en España únicamente 577 diligencias previas por delitos de contratación irregular de emigrantes (es decir, sólo se estarían persiguiendo el 0,22% de los delitos producidos, que además son permanentes), a las que habría que sumar las sensiblemente inferiores en cantidad que se abrieron por delitos relacionados con tráfico ilegal de personas, que ascendieron a un total de 119 causas durante ese año 2000, sin que conste cuantas de estos procesos abiertos han terminado en juicio, y de ellos cuantas sentencias condenatorias se han llegado a dictar. Estas cifras para nada se corresponden a la alarma pública general que se dice existe ni con el tratamiento mediático que se da a la inmigración clandestina y a la existencia de redes y mafias organizadas.

Normas procesales especiales. La consideración como delincuencia organizada —Ley Orgánica 5/1999¹⁶— de este tipo de delitos determina la posibilidad de utilizar los instrumentos procesales extraordinarios previstos para la investigación de dicha clase de delincuencia (agentes encubiertos —art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Aunque, por el momento, no tiene cobertura legal en nuestro derecho ninguna técnica de investigación semejante a la italiana “detención diferida” especie de “entrega vigilada” de inmigrantes, sin embargo no es descartable que este siendo en este momento de hecho una técnica habitual de investigación policial de esta clase de delitos, sin además ninguna clase de control judicial.

También son destacables por su proyección procesal las normas que contienen un trato favorable para los inmigrantes clandestinos que colaboren en las investigaciones que se lleven a cabo contra estos delitos. Así, el artículo 59 de la Ley Orgánica 4/2000 establece que el extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación

¹⁴ AP Girona , sec. 3ª , S 15-10-1998 y 10-11-1998; AP Las Palmas , sec. 1ª , S 31-07-1999, AP Cadiz , sec. 6ª , S 12-09-2000

¹⁵ Por ejemplo, en un reciente artículo periodístico de *El País* (20-02-2002) “Balance inmigrante”, se cifraban en un mínimo de 250 000 inmigrantes en situación de ilegalidad

¹⁶ Ley de Enjuiciamiento Criminal artículo 282 bis.

de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin permiso, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores. También en el reciente reglamento de dicha ley de 20 de julio de este año se reconoce expresamente la posibilidad de aplicar las medidas extraordinarias de protección de testigos en causas criminales previstas en la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre.

A MODO DE CONCLUSION

La conclusión última a extraer de cuanto se tiene dicho no puede ser otra que poner de manifiesto una vez más la gran paradoja que representa el que, en gran medida, la unificación europea, la construcción de esa Europa de y para los ciudadanos, en la que la libre circulación de éstos era una de sus metas, ha llevado al recorte, cuando no a la simple y drástica negación, de los derechos de los extranjeros en la Comunidad Europea¹⁷. Existe una radical contradicción entre el objetivo perseguido: facilitar las migraciones internas mediante la desaparición física de las fronteras en el seno de la Unión, y el método adoptado para su ejecución: su supeditación a una férrea protección de las fronteras exteriores y al incremento entre los países miembros sobre todo de formas de cooperación policial.

Todos los Estados de la Unión Europea están igualmente inmersos en la misma dinámica de cooperación intergubernamental, que pasa por la elaboración de normas comunes en la materia y su posterior incorporación a sus respectivas legislaciones internas. A este respecto resulta especialmente significativo el Convenio de Schengen que introdujo importantes cambios en la hasta entonces flexible política migratoria seguida por la CEE. Parece claro que, en general, los responsables gubernamentales de los países de la UE piensan que la forma de abordar el problema de la inmigración consiste en dar prioridad a un control más estricto de las entradas, en evitación de los peligros que entraña no sólo la inmigración en cuanto al número sino también por las características personales que atribuyen a los propios inmigrantes en cuanto constituyen factores de deterioro social y directos causantes de la inseguridad y del aumento de la delincuencia. Se ha acuñado con éxito en nuestras sociedades el binomio inmigración-delincuencia, como mensaje habi-

tual que se lanza irresponsablemente desde los poderes públicos, que es recogido acriticamente y transmitido a la ciudadanía por los medios de comunicación, llegando a calar en profundidad en la sociedades y a servir como habitual coartada de comportamientos xenófobos o racistas. El paroxismo quizá lo constituya las declaraciones de políticos relevantes en la vida pública española y que han venido apareciendo en la prensa sin solución de continuidad a partir del 11 de septiembre de 2001, que vienen a justificar los férreos controles establecidos sobre la inmigración ilegal por ser un medio imprescindible para combatir el terrorismo internacional, ya que, se argumenta, es muy probable que las mafias que trafican con inmigrantes faciliten también el tránsito de los terroristas de un país a otro¹⁸.

En este sentido que indicábamos es necesario convenir que en todos los países se han adoptado nuevas medidas que casi siempre vienen a aumentar el poder de control de las administraciones (Serrano Piedecosas). Se trata sobre todo, o bien de reforzar los controles de identidad (Países Bajos, Francia), hacer más rigurosas las condiciones de expedición de permisos de estancia y trabajo (Grecia, Francia), reducir las categorías de extranjeros no expulsables (Francia), revisar las prácticas de expedición de visados (Bélgica, Luxemburgo), penalizar con mayor severidad la ayuda a la inmigración ilegal y al empleo de extranjeros no cualificados, controlar más estrictamente la forma de albergarse los visitantes extranjeros (España, Bélgica, Francia, Portugal), limitar el derecho de apelación (Reino Unido) y ampliar las posibilidades de detención de extranjeros susceptibles de expulsión (Países Bajos). Se manifiesta además una tendencia común en todos los países a transferir a los ministerios encargados de la seguridad interior todo lo que se refiere a la inmigración. Las últimas tendencias en la materia irían por la línea de considerar no sólo como infracción administrativa, sino también como delito, la mera introducción o estancia ilegal en un país, bien sea por primera vez o como consecuencia del incumplimiento de una orden de expulsión anterior o el reingreso clandestino en el país en caso de ejecución de una orden de expulsión.

El problema planteado en sus auténticas dimensiones es el de encontrar el "límite" que debe imponerse a lo que se ha venido a llamar la escueta lógica del control que, como única solución al problema de la inmigración clandestina, se lleva a cabo por los Estados. Una política de lucha contra el tráfico ilegal de personas sólo tendrá éxito y en verdad sólo será "justa" si a aquellas medidas se las combina con otras de carácter preventivo.

Cuando se reflexiona sobre el tema tratado, del que indudablemente sólo se han podido dar algunas de sus claves más elementales, surgen una serie de preguntas de no fácil respuesta inmediata: ¿cuál es la finalidad que en última instancia persigue este régimen jurídico destinado a restringir la entrada de

¹⁷ Sáez Valcárcel, Ramón. "La Europa amurallada y los derechos de los inmigrantes". *Jueces para la Democracia*. Información y debate, n.º 16-17, 2-3/1992, pág. 20

¹⁸ "Piqué advierte que las mafias de inmigración favorecen el tránsito internacional de terroristas" Titular de noticia de "La estrella Digital" de 25.09.01.

los ciudadanos extranjeros?; ¿es el tráfico ilegal de inmigrantes el que constituye una auténtica amenaza?; ¿existe verdadero interés por parte de los Estados en perseguir penalmente el tráfico de seres humanos?; o, ¿es quizá la propia movilidad humana la que se percibe como una perturbación del orden público y es necesario controlarla?

Creo que en ningún caso deben olvidarse las razones auténticas de la emigración. No puede desconocerse que la migración es una consecuencia directa de una desgraciada combinación de múltiples factores: penuria económica, deterioro sino destrucción "ambiental" en todos los sentidos, es decir, social, económica, cultural, incluido conflicto civil en los países de origen, ausencia de mínimo respeto de los derechos humanos más elementales etc. Por contra aparecen las idílicas imágenes que se transmiten desde las televisiones de los países pertenecientes a la minoría occidental.

El éxodo migratorio resultante, con sus problemas y patologías que parecen afectar a todo el mundo, se sobrepone una y otra vez a las enormes dificultades, limitaciones, e incluso a los riesgos, en algunos casos extremos, que la gente está dispuesta a afrontar, en algunos casos simplemente para sobrevivir, en otras para prosperar económica y socialmente.

Las políticas restrictivas de inmigración de los países desarrollados, que se manifiestan en la imposibilidad de obtener pasaportes o permisos de entrada o de salida, hacen que los que huyen de la persecución o de la miseria no tengan más remedio que recurrir a aquellos que les aportan una salida, aunque sea a costa de la explotación o de la ignominia, aceptando los servicios del crimen organizado que aparecen como su última esperanza.

Me atrevo a afirmar, aunque no sea algo tan evidente en el plano puramente formal, que la casi totalidad de las medidas legales elaboradas para la lucha contra la inmigración clandestina y aunque se anuncien protectoras de sus derechos y que nacen para evitar los abusos que se cometen contra ellos, reposan sobre el presupuesto de la responsabilidad del propio migrante o tienen consecuencias directas

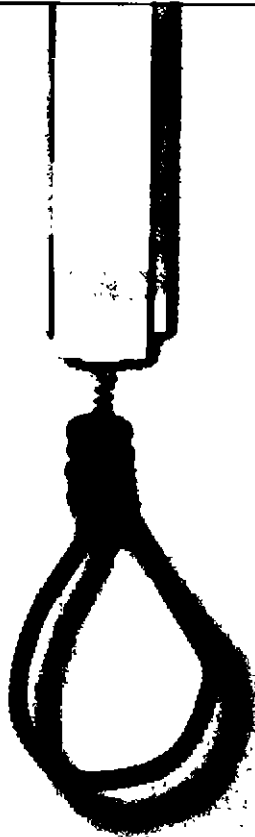
e inmediatas contrarias a él, cuando lo único que quiere hacer es permanecer en el territorio en el que tanto le ha costado entrar y en el que en la mayoría de los casos desea simplemente tener derecho a obtener una felicidad que se le aparece como posible, pero que le estaba definitivamente negada en su país de origen. Ninguno de los delitos que hemos analizado realmente tiene capacidad para defender los verdaderos intereses de los extranjeros inmigrantes, ni siquiera es una excepción el que castiga el tráfico con mano de obra ilegal, además de que probablemente no dejen de ser en gran medida sino derecho penal simbólico, lo que implica, como en el caso del tráfico de drogas, una verdadera instrumentalización del Derecho penal, al cual se huye y se le hace responsable de problemas que no puede resolver y que su solución debe abordarse por otras vías y desde otros principios. Hemos de admitir la hipótesis de que puede llegar a ser un incluso un instrumento que empeore la situación. La falta de equilibrio entre los fines perseguidos por los gobiernos: el preventivo y el de control, con una clara apuesta en la actualidad por este último, es un factor que favorece sin duda el desarrollo de inmigración irregular.

Entiendo, por el contrario, que el verdadero desafío para Europa y para el mundo desarrollado, en general, y no son palabras mías¹⁹, no reside únicamente en el perfeccionamiento de un sistema represivo al servicio de sus propios intereses. Más bien, el desafío se sitúa en asumir la responsabilidad de una eficaz política de prevención que tienda al desarrollo social y económico de las regiones menos favorecidas. La condición imprescindible de un verdadero ejercicio de la libertad de pasa primero por crear las condiciones y permitir a todo el mundo la posibilidad de no verse en la obligación de utilizar esa libertad, ya que, en otro caso, dejaría de ser un derecho para transformarse en una necesidad. En materia de libre circulación de seres humanos, no se trataría tanto de prohibir a alguien el que entre en el territorio de otro, sino de ofrecer a todo el mundo la libertad de quedarse en su propio lugar.

¹⁹ Serrano Piedecabras. Obra citada, pág. 370.

**SI QUIERES PARAR
LA PENA DE MUERTE,
EMPIEZA DESCOLGANDO
EL TELÉFONO.**

902 119 133



Si quieres hacer algo en contra de la PENA DE MUERTE,
llámanos o envíanos este cupón.

Recibirás información

nombre: _____

dirección _____

C.P. _____

población: _____



**Amnistía
Internacional**

Sección Española

C/Fernando VI, 8-1ª Izda.

28004 Madrid

TEL.: 902 119 133

amnistia.internacional@a-i.es

www.a-i.es