

¿PUEDE UTILIZARSE EL DERECHO PENAL EN LA LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN IRREGULAR?

Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad

Margarita Martínez Escamilla

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. ¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-06, p. 06:1-06:20. Disponible en Internet:

<http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-06.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 10-06 (2008), 23 abr]

RESUMEN: El presente artículo indaga sobre el papel que el Derecho penal desempeña en el contexto de la actual política migratoria, centrándose para ello en el análisis del tipo básico del artículo 318 bis del Código Penal. Este precepto no sólo suscita importantes cuestiones interpretativas —la determinación del bien jurídico, el concepto de

tráfico ilegal e inmigración clandestina, etc.—, sino que también plantea serias dudas de legitimidad, tanto por el objeto de tutela como por la concreta técnica legislativa empleada. La autora aborda estas cuestiones desde una triple perspectiva: dogmática, político-criminal y constitucional.

PALABRAS CLAVE: inmigración, tráfico ilegal, trata de personas, políticas migratorias, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, daños cumulativos, principio de proporcionalidad, principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de última ratio, principio de lesividad.

Fecha de publicación: 23 abril 2008

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿QUÉ INTERESES SE ESTÁN PROTEGIENDO CUANDO SE CASTIGA PENALMENTE LA PROMOCIÓN, FAVORECIMIENTO O FACILITACIÓN DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR? 1. Los derechos de los migrantes. 1.1. Los derechos que conforman el status del inmigrante regular. 1.2. La dignidad del inmigrante. 2. El interés en la contención de la inmigración irregular. III. LA CONTENCIÓN DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR COMO FIN DEL DERECHO PENAL. UNA VALORACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL. IV. LA TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN EMPLEADA. V. ¿ES INCONSTITUCIONAL EL TIPO BÁSICO DEL ART. 318 BIS? EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD.

I. INTRODUCCIÓN

Probablemente no se esté exagerando cuando se afirma que los actuales movimientos migratorios están llamados a producir en nuestra sociedad un impacto más profundo y significativo que cualquier otra cuestión social.

Por supuesto que los movimientos migratorios han existido siempre. Si bien los que tienen lugar en la actualidad suelen ser presentados en íntima conexión con el fenómeno de la globalización, resulta interesante recordar que no es la primera vez que los flujos migratorios se producen en el contexto de unas relaciones de interdependencia económica. Esto ya sucedió, entre 1820 y 1910 durante la denominada “edad de la migración en masa” que tenía por destino el continente americano, o hacia Inglaterra y Centroeuropa en los años cincuenta y sesenta. Por ello, quizá lo más característico de las migraciones que hoy tanto nos inquietan —o al menos la característica que a nuestros efectos interesa destacar— resida en la respuesta que los actores institucionales están dando a este fenómeno, respuesta que se sitúa en las antípodas del aperturismo de los momentos históricos apuntados.

En este sentido, conviene destacar que el actual modelo de gestión de la inmigración, tanto español como europeo, está inspirado fundamentalmente y de forma reconocida en nuestras necesidades económicas. La inmigración que, desde esta perspectiva, no queremos o no podemos asumir, se interpreta como una amenaza y, consecuentemente, se gestiona en clave de seguridad, poniendo el acento en el control de fronteras y en el refuerzo de los instrumentos jurídicos y los medios materiales para afrontar lo que se ha denominado “lucha” contra la inmigración irregular.

El presente trabajo tiene por objeto, justamente, precisar cuál es el papel que el Derecho penal está desempeñando en esta lucha y reflexionar acerca su utilización como un instrumento más de la actual política migratoria, en concreto, como un instrumento para la contención de la inmigración irregular. Para ello voy a centrarme en el estudio del tipo básico del artículo 318 bis, que castiga con penas de cuatro a ocho años de prisión a quien, “directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España”. Más que las dudas aplicativas que este precepto plantea, me interesan las dudas acerca de su legitimidad, por lo que abordaré su análisis desde el prisma de los principios limitadores de la intervención penal¹.

¹ Este artículo es un extracto de mi monografía “La inmigración como delito. (Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP)”, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, donde puede hallarse un mayor desarrollo de las cuestiones planteadas. Una vez concluido y entregado el presente artículo han aparecido interesantes aportaciones sobre el tema, como por ejemplo, *El Derecho penal ante la inmigración*, dirigido por ZUGALDÍA ESPINAR y coordinado por PÉREZ ALONSO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Director), *Protección y expulsión de extranjeros en derecho penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, o HORTAL IBARRA, “A vueltas con el bien jurídico protegido en los mal llamados delitos contra los ciudadanos extranjeros”, en Mir Puig y Corcoy Bidasolo: *Política criminal y reforma penal*, Ed. Edisofer, Madrid, 2007, pp. 463-504. Lamentablemente estos trabajos no han podido ser tenidos en cuenta en la redacción del texto.

II. ¿QUÉ INTERESES SE ESTÁN PROTEGIENDO CUANDO SE CASTIGA PENALMENTE LA PROMOCIÓN, FAVORECIMIENTO O FACILITACIÓN DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR?

El art. 318 bis del Código Penal plantea numerosas dificultades a quien se enfrenta a su interpretación. De entre todos los interrogantes que suscita, probablemente lo que más llame la atención sea la falta de claridad, y la consiguiente ausencia de consenso, acerca del bien jurídico protegido. Ni siquiera está claro algo tan fundamental como cuáles son los intereses que se pretenden preservar, es decir, por qué se castiga a quien, “de forma directa o indirecta, promueve, favorece o facilita el tráfico ilegal o la inmigración clandestina”.

En la respuesta a tan importante cuestión, pugnan, fundamentalmente, dos posturas, cuyas discrepancias no se limitan ni mucho menos a cuestiones de matiz. Por un lado, la de quienes piensan que el 318 bis protege los derechos de los inmigrantes irregulares. De otro, la postura de quienes opinamos que la finalidad primordial del art. 318 bis es prevenir y reprimir el cruce ilegal de fronteras, sumándose de esta manera el Derecho penal a otros instrumentos de la actual política de contención de la inmigración irregular, postura esta última que se mantiene con independencia de reconocer que algunas de las agravaciones establecidas en dicho precepto se configuran en torno a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de los inmigrantes, lo que nadie discute.

1. Los derechos de los migrantes

Cuando uno se plantea por primera vez la cuestión de cuál es el bien jurídico protegido del tipo básico del 318 bis, la respuesta inmediata sería, efectivamente, que el precepto sirve para proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros, pues así reza de manera contundente la rúbrica que da nombre a este delito. El problema residiría entonces en concretar cuáles son esos derechos.

1.1. *Los derechos que conforman el status de inmigrante regular*

Un primer intento consiste mantener que los derechos protegidos por el tipo básico son aquellos que conforman el status jurídico del inmigrante legal, derechos que constituirían la plataforma necesaria para la plena integración en nuestro país. Del disfrute de estos derechos se vería privado el extranjero a consecuencia de su entrada irregular y esto es por lo que se castiga a quien facilita tal forma de inmigración².

² SERRANO-PIEDRECASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, p. 332. También en este sentido, BAUCCELLS I LLADÓS, Joan: “El Derecho Penal ante el fenómeno migratorio”, p. 57 y NAVARRO CARDOSO, quien afirma que “en tanto los ciudadanos extranjeros sean introducidos en España por vías de hecho y, por tanto, su situación sea irregular, no van a poder ejercitar los derechos sociales que ostentarían si su entrada fuese conforme establece la legislación en materia de extranjería. Por ende, el acto de tráfico ilegal en sí mismo pone en peligro abstracto el ejercicio de aquellos derechos” (“Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” p. 53). También RODRÍGUEZ MESA mantiene que el status jurídico del extranjero constituye el bien jurídico protegido, aunque discrepa del primer autor en la interpretación de este conjunto de derechos como derecho a la integración *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, pp. 58 y 59). Asimismo se adhieren a la postura comentada, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, “Los delitos contra los derechos...”, pp. 68 y ss; GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, si bien manteniendo que se trata de

Ha de reconocerse que esta tesis, a diferencia de la que después analizaré, es perfectamente compatible con el tenor literal del 318 bis. No obstante, a mi juicio no resulta convincente.

1. En primer lugar porque, a pesar de que las sucesivas reformas de la Ley de Extranjería 4/2000 han tenido un carácter restrictivo, el inmigrante irregular sigue gozando en nuestro país de pocos, pero de algunos derechos. Así, por ejemplo, tienen derecho a la educación o a la asistencia sanitaria de urgencia o en igualdad de condiciones que los españoles según los casos. Por ello, para que la entrada irregular signifique realmente un menoscabo, habría que comparar su situación en España no con la del inmigrante regular, sino con la que estas personas tenían en su país de origen, que en muchos casos probablemente sería peor.

2. A pesar de ello, es evidente que el estatuto jurídico del inmigrante en situación de irregularidad es sustancialmente más reducido que el del inmigrante con permiso, negándosele a aquél muchos de los derechos no inalienables³. Sin embargo, no es menos cierto que este estatuto es una creación jurídica. Las limitaciones de derechos que consagra no son imputables a quien facilita la entrada ilegal, sino en primer término a nuestra ley de extranjería, es decir, a nuestro legislador, que es quien configura esa especie de limbo jurídico que corresponde al inmigrante sin papeles⁴

3. Además, esa situación de irregularidad, de la que, según la tesis comentada se pretende proteger al inmigrante, de facto constituye en muchos casos la plataforma para poder acceder al estatus de inmigrante regular. En total han existido en nuestro país seis regularizaciones extraordinarias —la última, del año 2004, denominada proceso de normalización sociolaboral—, regularizaciones que, a pesar de su declarado carácter excepcional, junto al régimen general y al sistema de contingentes, suponen una de las principales vías para la obtención de papeles, por lo que no resulta ni mucho menos evidente que la entrada irregular suponga necesariamente y para siempre la privación de derechos y un obstáculo para la integración.

Estas son las principales razones por las que no comparto la tesis según la cual los derechos que protege el 318 bis son los que conforman el status jurídico del inmigrante legal.

un delito pluriofensivo, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros...”, pp. 729-732, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, entendiendo que se trata de un interés supraindividual perteneciente a la categoría de los intereses difusos (*Derecho Penal. Parte Especial*, p.722).

³ La STC 236/2007, de 7 de noviembre declara, entre otros extremos, que los inmigrantes en situación de irregularidad son titulares de los derechos de reunión, manifestación, asociación y sindicación, declarando nulos los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000 que negaban tales derechos, si bien se admite que el legislador puede establecer condiciones para su ejercicio. También en dicha Sentencia se reconoce que los inmigrantes en situación de irregularidad son titulares del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1CE, que incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria. Igualmente se declara inconstitucional el limitar a los inmigrantes con residencia regular el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

⁴ En este sentido, por ejemplo, DAUNIS RODRÍGUEZ, “La promoción del tráfico ilegal de personas: aspectos jurídicos y policiales”, p. 249.

1.2. La dignidad del inmigrante

Otra parte de la doctrina entiende que la ayuda al tráfico o a la inmigración irregular no es que obstaculice el acceso a determinados derechos, sino que afecta a derechos de los que el inmigrante es titular, en concreto a su dignidad, pues las condiciones de ilegalidad en que se produce el traspaso de fronteras lesionarían la dignidad del inmigrante⁵.

Sin embargo, esta tesis resulta a mi juicio menos convincente que la anterior y ello, fundamentalmente, por dos razones.

1. En primer lugar, porque en la inmigración irregular confluyen muy diferentes realidades que conviene no confundir. Es cierto que frecuentemente la aventura migratoria va acompañada de extremas penalidades o abyectos abusos y esta faceta de la inmigración, por supuesto, no se puede olvidar ni minimizar. Pero quizá ocupe demasiado espacio en nuestra retina la imagen mediática del inmigrante africano jugándose la vida a bordo de una patera o saltando vallas coronadas de cuchillas y quizá olvidamos que buena parte de los inmigrantes irregulares, probablemente la mayoría, entraron en nuestro país con un simple pasaporte o un visado de turista y a bordo de un avión. Y quizá olvidemos también el peso fundamental y demostrado que en la inmigración, incluso irregular, juegan las denominadas redes sociales, formadas por amigos, parientes, etc. que asesoran y apoyan al inmigrante irregular y reducen los riesgos⁶. En definitiva, que la irregularidad de la inmigración no supone per se un atentado a la dignidad^{7 8}.

⁵ PEREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal...*, p. 175; la misma autora en "Delitos contra los derechos de los ciudadanos...", pp. 119 y ss; GARCÍA ARÁN, "Esclavitud y tráfico de seres humanos", 374 y ss, quien acentúa la dimensión colectiva de la dignidad. También DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, p. 422; PADILLA ALBA, ("La inmigración clandestina", p. 221); PÉREZ FERRER, *Análisis dogmático y político-criminal...*, 48 y ss.; VILLACAMPA ESTIEARTE ("El "nuevo" delito de tráfico de personas", p. 1883.

⁶ En contra de esta identificación entre inmigración irregular y mafias, entre otros, SÁEZ VALCÁRCEL, "Inmigración clandestina, mafias y lucha contra los pobres. Un tipo penal indecente", quien afirma que "interponer a la mafia es una especie de ritual de expiación" (p. 12). Según el trabajo de campo realizado por RUÍZ RODRÍGUEZ, titulado "Informe sobre condiciones de marginalidad y exclusión de extranjeros en España", de los inmigrantes encuestados, el 80,3% aseguró haber inmigrado de forma autónoma y tan sólo un 1,7% señaló haber acudido a personas que se dedican a facilitar la inmigración irregular (p. 19). Incluso en el ámbito de la prostitución y sus relaciones con la inmigración irregular, hay estudios de campo que relativizan el protagonismo atribuido a las mafias. Vid en este sentido en interesante trabajo de BONELLI JÁUDENES, Elena y ULLOA JIMÉNEZ, Marcela (coordinadoras): *Tráfico e inmigración de mujeres en España. Colombianas y ecuatorianas en los servicios domésticos y sexuales*, ACSUR-Las Segovias, 2001. Insiste en la necesidad de no hipervalorar el peso de las organizaciones criminales en el ámbito de la inmigración irregular, por ejemplo, TERRADILLOS BASOCO ("Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina", p. 45).

⁷ En este sentido CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ: "ni todos los casos en que se 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 situación de abuso o explotación por parte de quien la favorece" ("El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal", p. 373).

⁸ El propio legislador ha mezclado en el art. 318 bis esas diferentes realidades de la inmigración, lo cual resulta sumamente perturbador. Al configurarse la afectación de estos derechos como elementos que cualifican, una interpretación restrictiva del tipo básico, por ejemplo del concepto "ilegalidad", supone al tiempo restringir las posibilidades de aplicación de los tipos agravados.

2. En segundo lugar, es importante insistir en que ninguno de los elementos que configuran el tipo básico implica abuso o cosificación, ni degradación, ni atentado a la dignidad. El tipo básico no se aplica cuando la finalidad del tráfico o de la inmigración es la explotación sexual, ni tampoco cuando el inmigrante es sometido a engaño, violencia o intimidación, ni cuando hay un abuso de la situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima. Tampoco resulta aplicable el tipo básico cuando en el favorecimiento de la inmigración hay ánimo de lucro, ni cuando se pone en peligro la vida, salud o la integridad del inmigrante, ni tampoco cuando es menor de edad o incapaz, ni cuando la aventura migratoria está orquestada por una organización.

Las realidades que acabo de mencionar, en muchas de las cuales sí podría verse afectada la dignidad, no son subsumibles en el tipo básico, pues la concurrencia de cualquiera de ellas determina la aplicación de los tipos cualificados del delito que analizamos. Por esto, en contra de la tesis comentada, no creo que sea la dignidad el bien jurídico del tipo básico del 318 bis.

¿Qué comportamientos son entonces subsumibles en el referido tipo básico, en cuanto prohíbe el favorecimiento del tráfico o la inmigración ilegal? En realidad no son difíciles de imaginar y la jurisprudencia nos ofrece numerosos ejemplos. Citaré tan sólo dos de una larga lista de resoluciones: La Audiencia Provincial de Cádiz, en Sentencia de 9 de diciembre de 2003, condenó a tres años de prisión a un policía local por intentar introducir en la península, sin el necesario permiso, al hermano de su novia. La Audiencia Provincial de Málaga, en Sentencia de 13 de julio de 2004, aplicó la penalidad atenuada del párrafo sexto, condenando a una pena de dos años, a quienes, por móviles altruistas, intentaron introducir en España a un joven marroquí oculto en el coche. Estas conductas encajan perfectamente en el tenor literal del tipo básico y, sin embargo, resulta muy difícil conceptualizar al inmigrante como víctima, así como vislumbrar cuáles de sus derechos han sido vulnerados.

2. El interés en la contención de la inmigración irregular

La dificultad para identificar, en los ejemplos propuestos, los derechos personales afectados, se debe a una simple razón: a que no es ni la dignidad ni los derechos de los ciudadanos extranjeros el bien jurídico protegido. Se debe a que, en realidad, no les estamos protegiendo “a ellos”, sino que, por el contrario, pretendemos defendernos “de ellos”, de los inmigrantes que no podemos o no queremos aceptar. Nos guste o no, lo que el tipo básico pretende es coadyuvar al control de la inmigración irregular. Los intereses a proteger serían los mismos que los que se pretenden salvaguardar con la actual política migratoria, pudiendo entenderse que el bien jurídico estaría conformado por aquellas condiciones de nuestra estructura socioeconómica que se verían deterioradas por un incremento de la presión migratoria⁹.

⁹ Entre los autores que entienden que el apartado primero del 318 bis tutela de forma primordial –exclusiva o no– el interés en el control de los flujos migratorios, pueden citarse: ALVAREZ ALVAREZ, “La protección contra la discriminación...”, p. 355; ARROYO ZAPATERO, “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”;

Esta tesis cuenta a su favor con un argumento tan evidente como definitivo: la redacción del artículo 318 bis, cuyo tipo básico habla del que, “directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina”, redacción que no incluye, insisto, elemento alguno que suponga el menoscabo o peligro para los derechos de los inmigrantes.

En su redacción inicial el art. 318 bis tan sólo utilizaba la expresión “tráfico ilegal” y parte de la doctrina pretendía restringir el ámbito de aplicación del precepto mediante una interpretación restrictiva del término tráfico que implicara un atentado a la dignidad. Esta interpretación resultaba difícil ya entonces porque cualquier elemento que quizá pudiera dotarle de tal contenido estaba contemplado en alguna de las agravaciones. Esta dificultad se vuelve imposibilidad tras la reforma operada en el 318 bis por la LO 11/2003, que introduce, junto al término “tráfico ilegal”, el término “inmigración clandestina”¹⁰. A pesar de la yuxtaposición de ambos vocablos y a pesar de que sería conveniente utilizar dichas denominaciones para aludir a fenómenos diferentes, lo cierto es que la reacción del 318 bis impide atribuir al término tráfico un contenido diferente al de inmigración. Entiendo pues, que en el contexto del precepto analizado tráfico e inmigración son la misma cosa y, por ello, tampoco tiene sentido atribuir al adjetivo “clandestina”, que acompaña al término inmigración, un contenido diverso al de ilegal. En resumen, lo que prohíbe el punto primero del 318 bis es promover, favorecer o facilitar el desplazamiento de un país a otro de forma contraria a lo establecido en la Ley de extranjería y normativa que la complementa¹¹.

La tesis acerca del bien jurídico aquí mantenida encuentra, por otra parte, un instrumento de apoyo en los textos europeos e internacionales que vinculan al legislador español. En el ámbito de la Unión Europea, la entrada en vigor en mayo de 1999 del Tratado de Ámsterdam, supuso la transferencia de las cuestiones relacionadas con la

CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ, “El Derecho penal ante la inmigración...”, pp. 375 y ss; GARCÍA SÁNCHEZ, “La pretendida protección jurídico-penal...”, (en prensa); GUARDIOLA GRACIA, “Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas...”, pp. 16 y ss; OLAIZOLA NOGALES, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, p. 181 y ss; PALOMO DEL ARCO, “Criminalidad organizada y la inmigración ilegal”, p. 177. RODRIGUEZ MONTAÑÉS, por su parte, entiende que los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros que, como colectivo, aparentemente protegería de forma preferente el art. 318 bis “constituyen sólo “bienes intermedios con función representativa” del bien jurídico supraindividual institucionalizado, espiritualizado o de los “intereses difusos” del orden socioeconómico en sentido amplio (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), en la medida en que el fenómeno migratorio constituye esencialmente un fenómeno socioeconómico y una cuestión de Estado”, concluyendo que nos encontramos ante un delito contra el orden socioeconómico (“Ley de Extranjería y Derecho penal”, p. 1738). También entiende que la finalidad del 318 bis es el refuerzo de las políticas de control de las migraciones, SÁEZ VALCÁRCEL, “Inmigración clandestina, mafias y lucha contra los pobres. Un tipo penal indecente”. Recientemente, TORRES FERNÁNDEZ, “El tráfico de personas...”, p.2.

¹⁰ En este mismo sentido, entre otros, CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ, (“El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, p. 357); TORRES FERNÁNDEZ, (“El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal...”, p. 2).

¹¹ Ya antes de la reforma operada en el art. 318 bis por la LO 11/2003, la Fiscalía General del Estado, en la *Circular1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería* proponía la asimilación entre los conceptos de “inmigración clandestina” y “tráfico ilegal”, incluyendo en ambos conceptos “todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre extranjería (arts. 25 y ss. LE)”.

inmigración al denominado Primer Pilar, es decir, a aquellas materias de competencia comunitaria. De esta manera, según la exposición de motivos de la LO 11/2003, por la que se reformaba el 318 bis, con dicha reforma se pretendía, precisamente, cumplir los compromisos europeos. Estos compromisos son la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DO L 328, de 5 de diciembre de 2002), y la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (2002/946/JAI) (DO L 328, de 5 de diciembre de 2002)

En el ámbito de la Naciones Unidas, también es éste el objetivo fundamental del Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire, ratificado por España y que entró en vigor en el 2003.

Resumiendo, estoy convencida de que la finalidad del tipo básico del 318 bis es la de combatir la inmigración irregular y los argumentos a favor de esta tesis me parecen contundentes¹². Quizá esta decisión político-criminal no nos guste, pero me parece inviable, en contra de lo que hace parte de la doctrina, combatirla en el terreno de la discusión dogmática. Empeñarse en ello supone, a mi juicio, forzar excesivamente los instrumentos interpretativos propios de la dogmática y en, definitiva, suplantar la voluntad del legislador por la voluntad del intérprete.

III. LA CONTENCIÓN DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR COMO FIN DEL DERECHO PENAL. UNA VALORACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

Si pensamos que le Derecho penal no debe intervenir para combatir la inmigración irregular no nos queda más remedio que trasladar el debate al terreno de la política-criminal y plantearnos si el derecho penal puede utilizarse como un instrumento más en la lucha contra la inmigración irregular, si se trata de una intervención legítima.

Esta es una pregunta clave y también difícil y por ello sorprende que la doctrina mayoritaria niegue tajantemente esta posibilidad, sin mayor argumentación, tan sólo arguyendo que un precepto penal que persiguiera el control de flujos migratorios supondría la elevación de una mera infracción administrativa a la categoría de delito¹³ y que constituiría un ejemplo de Derecho penal simbólico, funcionalista¹⁴ y lesivo del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos¹⁵.

La corrección de estas imputaciones no es ni mucho menos evidente. Es un hecho

¹² Por supuesto, a la tesis aquí defendida se le dirigen varias objeciones. Se le objeta la rúbrica que precede al 318 bis: “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, argumentando también con la no penalización del inmigrante irregular, que es quien en primer término infringiría las normas sobre entrada y permanencia en el país. Así interpretado –se añade- el 318 bis estaría castigando las mismas conductas que el Derecho administrativo sancionador, resultando éste inaplicable. Los argumentos para mermar la fuerza de estas objeciones se desarrollan en MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito*.

¹³ En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros...*, p. 56; NAVARRO CARDOSO, “Observaciones sobre los delitos...”, p. 45; OLAIZOLA NOGALES, “Delitos contra los derechos...”, p. 185; PADILLA ALBA, “La inmigración clandestina”, p. 222.

¹⁴ PÉREZ CEPEDA, *Globalización...*, p. 157

¹⁵ PÉREZ CEPEDA, *Globalización...*, p. 162; BAUCELS Y LLADÓS, “El Derecho penal ante el fenómeno migratorio”, p. 56.

que la inmigración se gestiona en clave de amenaza y como tal es percibida por buena parte de la población y, así, por ejemplo, desde hace algunos años en los sondeos de opinión del Centro de Investigaciones Sociológicas la inmigración viene ocupando los primeros puestos en el ranking de preocupaciones de los españoles, si bien con importantes fluctuaciones en el puesto concreto¹⁶. A un exceso de inmigración se le atribuyen muy variados inconvenientes: una merma de la seguridad ciudadana, e incluso de la seguridad nacional, al ponerla en conexión con el terrorismo internacional. En el plano socioeconómico y sociolaboral se le imputa un incremento de los gastos sociales, así como una presión a la baja en los salarios, con disminución de los derechos laborales adquiridos por la clase trabajadora. También en el incremento de la inmigración se quiere ver el alimento de partidos xenófobos y, quiebra de la convivencia debida a un excesivo número de inmigrantes y a su déficit de integración. En resumen, toda una galería de miedos a los que realmente resulta difícil sustraerse.

Pues bien, si estos riesgos estuvieran fundados, si realmente un incremento de la presión migratoria deteriorara de forma sensible los mencionados aspectos de nuestra estructura socio-económica, ¿por qué no podría intervenir el Derecho penal para proteger esos ámbitos e impedir su menoscabo?

Para responder a esta pregunta, que es una pregunta político-criminal, resulta necesario profundizar previamente en las consecuencias de la inmigración, así como llevar a cabo una ponderación de los intereses afectados, tarea ésta sumamente complicada, no ya sólo porque el enfoque político-criminal nos obliga a trasladar la mirada de la norma a la realidad, sino, sobre todo, porque no se trata de cualquier realidad, sino de una muy compleja y variable. No es posible en este artículo abordar con mayor detenimiento esta tarea, por lo que me voy a limitar a algunas pinceladas.

Es evidente que la inmigración está llamada a cambiar nuestra sociedad y junto a sus ventajas también está causando ciertos desequilibrios. Sin embargo, una mayor profundización en los miedos que suelen acompañar a este fenómeno, pone a mi juicio de manifiesto lo sesgado de muchas de las lecturas que los sustentan. Tan sólo un par de ejemplos.

Respecto a la perniciosa relación entre inmigración y delincuencia, existen estudios que demuestran que la inmigración no tiene una repercusión tan negativa en la seguridad ciudadana como la que se transmite a través de los medios de comunicación¹⁷. Por citar algún estudio, el sociólogo jurídico, Daniel Wagman, en un trabajo titulado

¹⁶ Por poner ejemplos, en los sondeos de septiembre y octubre de 2006 la inmigración sería, a juicio de los encuestados, el principal problema de España, mientras que en enero y febrero de 2008 ocuparía el quinto lugar en este ranking de preocupaciones.

¹⁷ En la mayoría de los casos la relación entre inmigración y delincuencia aparece expresamente en la información aportada por las instancias oficiales. Sin embargo, en otros muchos casos tal relación no se deduce necesariamente de los datos ofrecidos, sino que es producto de una elaboración de los medios de comunicación. Sobre el papel de los medios de comunicación, vid, por todos, AIERBE, "Inmigración y delincuencia un binomio interesado", donde se realiza un análisis de Prensa del 2002 sobre este particular. Así, por ejemplo, se analiza un titular aparecido en el País de 3 de enero de 2002, según el cual "Interior atribuye a la inmigración el aumento de la criminalidad de más de un 9%", constatando que dicha conclusión de ninguna manera cabía deducirla de lo que decía el Informe de la Dirección General de Policía del cual pretendía informar dicha noticia. Según AIERBE, El País, en este caso habría "fabricado" una noticia que tuvo un fuerte impacto mediático y centró algunas de las discusiones de la clase política a lo largo de todo el 2002 (pp. 61 y ss).

“Estadística, delito e inmigrantes”¹⁸, analiza y disecciona una información ofrecida por el Ministerio del Interior en el año 2001, según la cual el 50% de los detenidos por delito o falta eran extranjeros. Este autor demuestra que la mayoría de los extranjeros así computados fueron realmente detenidos por estancia ilegal y que sólo un el 28% de ellos eran extranjeros detenidos por delitos o faltas. Una buena parte de este segundo porcentaje, que el autor citado cifra en un 40%, no serían propiamente inmigrantes, sino extranjeros que acuden a nuestro país para la comisión delictiva, como por ejemplo, es el caso de los correos de la cocaína, y así hasta llegar a un porcentaje que nada tiene que ver con ese 50% inicial. También en este ámbito podríamos citar un reciente estudio del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza, titulado *Inmigración y Justicia*, donde se ofrecen datos que apuntan a un tratamiento más severo por parte de la Administración de Justicia hacia los inmigrantes que hacia los autóctonos¹⁹. De ello podría concluirse que, aunque la presencia de los extranjeros en las distintas fases de la justicia penal es proporcionalmente mayor que la de los nacionales, esta sobrerrepresentación tiene varias explicaciones y no puede ser automáticamente traducida en términos de responsabilidad de los inmigrantes en el incremento de la criminalidad²⁰.

La incidencia de la inmigración en el mercado de trabajo es muy tema muy polémico. Mayoritariamente los economistas afirman que aunque la inmigración pudiera deprimir los salarios en ciertos sectores, afectaría positivamente al conjunto de los ciudadanos del país receptor^{21 22}, siendo un hecho bastante aceptado, al menos durante

¹⁸ WAGMAN, “Estadística, delito e inmigrantes”, p. 6. Para un análisis criminológico en profundidad sobre las relaciones entre inmigración y delincuencia, puede consultarse GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración y delincuencia en España: un análisis criminológico*.

¹⁹ Así, CALVO, GASCÓN Y GRACIA, autores el trabajo de investigación titulado *Inmigración y Justicia. El tratamiento de la inmigración en el ámbito de la administración de justicia*, proponen seguir indagando en las razones explicativas de algunos de los hallazgos de su investigación, que por sí mismos, resultan sorprendentes. Uno de estos hallazgos es que mientras el porcentaje de denunciados-detenidos inmigrantes que concluyen en sentencias alcanza al 76%, el porcentaje de procesos penales que acaban en sentencias cuando el inmigrante es denunciante-víctima es tan sólo del 23,1%. Respecto a las condenas, estaríamos ante un 60% en el caso de inmigrante procesado frente al 25% en los procesos penales en los que el inmigrante es la víctima. También podría observarse un tratamiento aparentemente más benévolo cuando el denunciante-víctima es inmigrante, en cuyo caso sólo en un 27% de las condenas se impondría la pena privativa de libertad, frente al 50% de los casos en que el inmigrante es el detenido-denunciado (pp. 197 y ss).

²⁰ En el mismo sentido, MONCLÚS MASÓ, “La discriminación de los inmigrantes en el sistema penal español”. También sobre la cuestión planteada, NAVARRO CARDOSO, “Extranjería, inmigración y sistema penal”.

²¹ GONZÁLEZ LUNA, “Consideraciones desde la teoría económica”, p. 4, quien explica estos efectos de la siguiente manera: “imaginemos la situación en un sector como el de la construcción. Antes de la llegada de los inmigrantes, existiría en este mercado un determinado número de empleos, y se pagaría un salario determinado. Supongamos ahora que se produce un gran flujo de inmigrantes que buscan trabajo en este sector. ¿Cuál sería el efecto sobre empleo y salarios?. Las empresas descubrirían que ahora pueden encontrar los trabajadores que necesitan incluso si pagan salarios más bajos. La bajada de los salarios supondría una reducción de costes, y por tanto algunas empresas decidirían aumentar la producción y el número de empleos. Tras los ajustes, en este mercado se pagarían unos salarios más bajos que al principio, y el número total de empleados sería más alto.... Por tanto, la teoría predice que la inmigración podría deprimir los salarios en ciertos sectores con alta concentración de inmigrantes. ¿Significa esto que la inmigración afecte negativamente a los ciudadanos del país receptor?. Para responder a esta pregunta habría que tener en cuenta a todos los grupos afectados. Por ejemplo, la inmigración de mano de obra barata beneficiaría al consumidor si los costes más bajos se vieran traducidos en precios más bajos. También se beneficiarían los empresarios del sector afectado, que generaría mayores beneficios, atrayendo potencialmente mayor inversión y la creación de nuevas empresas. Además, la población inmigrante empleada

la época de bonanza económica que ha atravesado nuestro país, que nuestra economía necesita la mano de obra inmigrante en mayor cantidad de la que se canaliza legalmente. En esta línea puede citarse, por ejemplo, un estudio del catedrático de economía aplicada Josep Oliver, titulado “España 2020: un mestizaje ineludible”, en el que se calcula que hasta la fecha indicada España necesitará incorporar a su mercado laboral entre cuatro y siete millones de trabajadores inmigrantes. En el peor de los casos, en el supuesto de una crisis económica, el número de trabajadores inmigrantes que necesitaríamos sería de 2, 3 millones²³.

No obstante, ha de reconocerse que no todo son luces en el tema de las consecuencias de la inmigración. Para mí una de las sombras más tenebrosas, aunque ni siquiera en este aspecto hay consenso, sería las consecuencias para los países de origen de la fuga de capital humano. Sin embargo, creo que valorando conjuntamente las múltiples implicaciones de la inmigración puede concluirse que sus efectos no son tan perniciosos como pudiera parecer, así como la existencia de sólidos argumentos que abogan a favor de políticas de inmigración más aperturistas. En este sentido, por ejemplo, el *Informe sobre Desarrollo 2005*²⁴ elaborado por el Programa de Naciones Unidas sobre desarrollo, se propone, como una de las medidas a adoptar para alcanzar los objetivos del programa, liberalizar la inmigración y facilitar el acceso de los trabajadores de países en desarrollo a los mercados laborales de los países ricos. También en este sentido resulta obligado citar un estudio patrocinado por la UNESCO, titulado *Immigration without borders*²⁵, en el cual se analiza un escenario de libertad de circulación, llegándose a la conclusión de que se trata de una posibilidad a largo plazo realista y viable. Igualmente se concluye en este estudio que el actual modelo de contención de la inmigración, de corte esencialmente policial, se evidencia como ineficaz frente a los potentes y variados motivos que impulsan las migraciones y que buena parte de las tensiones atribuidas a la inmigración son consecuencia de dicho modelo.

Por otra parte, no sólo puede ponerse en tela de juicio la necesidad de este modelo basado en la lucha policial. También su legitimidad, llamémosla ética, resulta cuestionable. El agujero negro de esta legitimidad residiría, a mi juicio, en la dificultad para negar que la libertad de circulación es un derecho del hombre, un derecho universal

generaría aumentos en la demanda agregada, lo cual podría generar más puestos de trabajo en otros sectores”. En un sentido parecido se pronuncia DOLADO, quien entiende que “detrás de ese beneficio neto de la inmigración hay unos movimientos importantísimos a favor de empresarios y en contra de trabajadores... De ahí el problema de la inmigración: hay problemas distributivos. El país gana, con lo cual tenemos capacidad para diseñar sistemas de impuestos y subsidios, de manera que los que ganan compensen a los que pierden, pero al final todo el mundo gana” (“El impacto de la inmigración en el Estado de bienestar”, p. 6). En un sentido parecido MOLINA NAVARRETE, ESTEBAN DE LA ROSA y ARCE JIMÉNEZ (*La inmigración extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*), p. 15).

²² Un interesante estudio de las consecuencias de los movimientos migratorios en la economía global en ALONSO RODRÍGUEZ: “Emigración y desarrollo: implicaciones económicas” (I-VI), en *La Insignia*, octubre de 2004 (I-III) y noviembre de 2004 (IV-VI), (www.lainsignia.org).

²³ OLIVE I ALONSO, *España 2020: un mestizaje ineludible*, Generalitat de Catalunya, 2006.

²⁴ PNUD (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO: *Informe sobre desarrollo humano 2005*, (<http://hdr.undp.org/>).

²⁵ UNESCO. GLOBAL COMISIÓN ON INTERNATIONAL MIGRATION; PECOUD, Antoine y DE GUCHTENEIRE, Paul: *Immigration without borders: an investigation into the free movement of people*, (www.gcim.org).

que viene ejerciendo desde que hace miles de años salimos de África, desde que, como dice Javier de Lucas, “empezamos a caminar”²⁶. Y en este sentido, los movimientos migratorios, que han existido siempre y que hoy tanto nos inquietan, no son sino la prueba concluyente de la existencia de un derecho universal aún no reconocido normativamente: el derecho a la libre circulación de personas, que, desgraciadamente, es presupuesto para el ejercicio de esos otros muchos derechos humanos que, según la Declaración Universal de Derechos Humanos, posee toda persona, “sin distinción alguna de raza, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Descendiendo de la devaluación normativa de los derechos de los migrantes al terreno de las prácticas concretas, tan sólo señalar lo peligroso que resultan para los derechos humanos de los migrantes algunas piezas de la política europea de migración, como por ejemplo la externalización, es decir, el encomendar la contención de la inmigración a países donde no existen las más mínimas condiciones democráticas y de respeto de la dignidad de las personas. Prueba de ello son los vergonzosos acontecimientos ocurridos en el otoño del 2005 tras los intentos de saltar las vallas de Ceuta y Melilla²⁷. *En resumen: frente al rearme jurídico y material, nuestro más absoluto desarme moral.*

¿Dónde quiero ir a parar con estas resumidas reflexiones? Con ellas tan sólo intento poner de manifiesto que a mi juicio las consecuencias de la inmigración no son tan evidentemente negativas, ni tan graves como a primera vista pudiera parecer. Ni tampoco nuestros intereses son los únicos en juego, ni son necesariamente prevalentes, ni están tan amenazados como para que la actual política migratoria tenga que acudir en auxilio del Derecho penal. Por todo ello, y no por la evidencia intrínseca de la afirmación, entiendo que el tipo básico del 318 bis lesionaría el principio de mínima intervención en su manifestación de exclusiva protección de bienes jurídicos.

En cualquier caso, nótese que la cuestión sobre la que, como penalistas, tenemos que pronunciarnos no es sobre la legitimidad de un control de fronteras, sino sobre si a ese control debe coadyuvar el Derecho penal. Es decir, la alternativa que nos corresponde dilucidar no es control de entradas sí / control de entradas no, sino control o no control mediante el Derecho penal. Con ello se reduce enormemente la amplitud del problema y también su complejidad.

Pues bien, existen a mi juicio importantes indicios para pensar que la desaparición de la intervención penal en este ámbito no supondría un incremento relevante de los niveles de inmigración irregular, ni un auténtico peligro para nuestro sistema de bienestar. En primer lugar, porque la intervención penal lógicamente continuaría para aquellos supuestos en que se ven comprometidos los bienes jurídicos de los inmigrantes. Respecto a la inmigración en que esta dramática vertiente no concurre hay que asumir que gran parte de ella resulta realmente difícil de controlar y que un gran

²⁶ “Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado”, p. 47.

²⁷ Muy crítico con las formas de proceder tanto de España como de Marruecos durante la crisis de las vallas, se manifiesta el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Alvaro Gil Robles, en su informe sobre su visita a España (10-19 de marzo de 2005) (www.coe.int/T/E/Communication Unit/Documents/By year/2005)

número de extranjeros residentes irregularmente en nuestro país entraron en España de forma aparentemente legal, por ejemplo, por pertenecer a países a los que no se exige visado de entrada²⁸. En un país como el nuestro, en el que el turismo constituye un sector económico primordial y con estrechos lazos culturales con países emisores de inmigración, no parece viable condicionar la entrada a la observancia de excesivos requisitos. Frente al temor a abrir nuestras fronteras, pienso que, en buena medida, llevan mucho tiempo abiertas, si bien no de par en par. Por otra parte, cuando realmente resulta viable el control fronterizo, el Derecho administrativo está dotado de instrumentos muy potentes, como por ejemplo, la obligación impuesta a las compañías de transporte de comprobar los títulos de viaje de los extranjeros²⁹.

Téngase en cuenta, además, que cuanto mayores son las dificultades para acceder al país, mayor es el encarecimiento de la entrada y los riesgos que el inmigrante irregular ha de asumir³⁰, y, también, y esto me parece interesante, mayor la tendencia a permanecer en el país aun en situación irregular, lo que supone el abandono de un modelo de inmigración cíclica y la consolidación de una inmigración permanente³¹.

²⁸ A mi juicio, la inmigración puede ser calificada de ilegal no sólo cuando la entrada es oculta por verificarse por lugares diferentes a los pasos fronterizos o por producirse por éstos pero sin el conocimiento de los agentes. También es ilegal cuando se obtiene permiso pero éste ha sido emitido sobre la base de documentos materialmente falsificados o documentos privados en los que se falta a la verdad. Incluso podría afirmarse que estamos ante una inmigración ilegal cuando la entrada se produce con un visado turista en regla, o incluso cuando el pasaporte es título suficiente, pero con la intención de permanecer en nuestro país una vez transcurrido el tiempo autorizado de estancia. La *Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería*, propugna una interpretación amplia del término “ilegal” similar a la aquí mantenida, incluyendo tal calificación la entrada con documentación que, sin ser físicamente falsa, no responde a la realidad de las cosas. También se entiende que “quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas, con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que resultan así burlados, incurre en el ilícito penal”. En la jurisprudencia no ha habido consenso sobre esta cuestión, si bien es de prever que la jurisprudencia sobre la cuestión debatida se vaya acercando a la interpretación aquí propuesta a partir del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2005. En dicho Acuerdo el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el alcance del art. 313.1 CP (entrada clandestina e ilegal) en el siguiente sentido: “El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina”

²⁹ El art. 54.2 b) de la Ley de Extranjería impone la obligación a las compañías de transporte por vía aérea, marítima o terrestre, que transporten extranjeros hasta el territorio español, de comprobar la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes de los citados extranjeros, constituyendo el incumplimiento de esta obligación una infracción grave, así como el incumplimiento de la obligación de los transportistas de hacerse cargo del extranjero que no haya sido autorizado a entrar en España (art. 54.2.c)); obligaciones éstas que, por otra parte, suponen una implicación de entidades privadas en el control de fronteras.

³⁰ Así, por ejemplo, según una información aparecida en *El País* de 7 de febrero de 2005, los responsables magrebíes de embarcar a los subsaharianos en pateras han dejado de viajar con ellos, disuadidos por el endurecimiento de las penas en España. “Ahora, a pie de playa, preguntan quién del grupo sabe llevar un timón, le enseñan en un bidón cómo funciona el motor de 15 a 25 caballos con el número de serie borrado, le dan una brújula, le explican que no abandone el rumbo 300 a 340 Norte y que, en cuanto tengan cobertura, llamen al teléfono de emergencias 112 para que los rescaten”. Entre otras asociaciones, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía viene insistentemente denunciando la relación entre el cierre de fronteras y el incremento de las muertes en la Frontera Sur. Así, según el Informe *Derechos humanos en la Frontera Sur 2006. Informe sobre la inmigración clandestina durante el año 2005* (www.apdha.org).

³¹ En este sentido, por ejemplo, se manifiesta PORTES, para quien “en vez de frenar la migración, estas políticas de “mano dura” a menudo terminan por consolidar la presencia de una población migrante clandestina y reforzar sus redes sociales dentro de los países receptores” (“Un diálogo trasatlántico: El progreso de la investigación y la teoría en el estudio de la migración internacional”, p. 3).

Estas consideraciones, tan brevemente expuestas, me llevan a cuestionar no sólo la legitimidad de la intervención penal, sino también que su posible eficacia, eficacia que de existir sería muy reducida y difícilmente justificaría los costes que su aplicación conlleva. Por eso yo también entiendo, no por la evidencia intrínseca de la afirmación, sino por todo lo argumentado, que el precepto analizado entraría en confrontación con el principio de última ratio.

IV. LA TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN EMPLEADA

Como ya dije, según la tesis aquí mantenida, el tipo básico del 318 bis pretende preservar aquellos estándares o condiciones de nuestra actual estructura socioeconómica, que supuestamente se verían deteriorados por un incremento de la presión migratoria. El objeto de tutela así configurado podría conceptuarse, pues, como un bien jurídico colectivo. Aunque ya he mostrado mi discrepancia con la relevancia de dicho bien desde una perspectiva político-criminal, desde una valoración exclusivamente técnica no veo mayor inconveniente para incorporar a nuestro Código Penal un bien jurídico de dichas características, ni creo que fuera rechazable por ninguna de las partes actualmente enfrentadas en la controversia acerca de qué tipo de intereses pueden legitimar la intervención penal. Ni por quienes entienden que sólo pueden ser objeto de tutela penal bienes con un engarce constitucional pues este engarce podría localizarse en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, que trata “De los principios rectores de la política social y económica”, ni tampoco resultaría rechazable a mi juicio para quienes, partiendo de la ideología liberal, entienden que la intervención penal sólo es legítima en la medida que el bien jurídico tenga una traducción en la esfera individual.

Ahora bien, se trataría de un bien jurídico cuya efectiva lesión no se produce mediante conductas aisladas, sino por la suma de muchos comportamientos típicos, es decir, por la suma de daños cumulativos. Obviamente no es un acto de inmigración irregular, ni dos, ni tres, lo que deterioraría nuestro sistema de bienestar, sino la suma de muchos actos de inmigración irregular. El tipo básico del 318 bis sería, pues, un delito de acumulación³². Esta peculiaridad, lejos de ser una simple característica teórica, genera importantes problemas de acomodo con los principios que rigen las estructuras de imputación del Derecho penal clásico, como, por ejemplo, con el principio de lesividad, pues téngase en cuenta que se están tipificando comportamientos que, en sí mismos considerados, presentan un ínfimo potencial de lesión.

No discuto que puedan existir bienes jurídicos cuya efectiva protección pasa por castigar conductas a las que sólo resulta imputable un mínimo grado de lesividad, pero cuya suma produce un efectivo menoscabo. Ahora bien, a mi juicio la merma del principio de lesividad que ello supone sólo podría justificarse por el valor del bien jurídico en cuestión y por lo perentorio de su protección y, como he intentado argumentar, no creo que estos requisitos concurren en el delito de favorecimiento de la inmigración.

³² Críticamente acerca de los delitos de acumulación, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, pp. 131 y ss.

Pero las dudas de legitimidad no provienen sólo de las peculiaridades del bien jurídico, sino de la forma en cómo el legislador ha articulado su protección. La técnica de tipificación empleada en el tipo básico del art. 318 bis plantea numerosos problemas interpretativos, tales como decidir si estamos ante un delito de actividad o de resultado, de peligro o de lesión, pero no me interesa aquí tanto dilucidar estas cuestiones dogmáticas como poner de manifiesto que se interprete como se interprete dicha norma penal, en ella se está operando una clara extensión o ampliación de la intervención penal. No me interesa aquí tanto abordar estos problemas como poner de manifiesto que se interprete de una u otra manera, en dicho precepto se está operando una clara extensión o ampliación de la intervención penal. Así, se estarían tipificando y castigando momentos muy anteriores al de la lesión, momentos que resultarían impunes en virtud de las reglas generales que rigen el *iter criminis*, siendo técnicamente posible afirmar la punición de simples tentativas de participación³³. Por otra parte, la intervención penal también se amplía mediante la equiparación penológica de cualquier forma de participación y la introducción por la LO 11/2003 de los adverbios “directa o indirectamente” impide afirmar la atipicidad de aquellas conductas de participación que no tengan una relación inmediata con el hecho migratorio. En definitiva, a pesar de la dudosa relevancia de los intereses protegidos, el legislador, lejos de buscar un criterio seleccionador de las conductas más graves (como por ejemplo la habitualidad, la presencia de organización, ánimo de lucro, la pluralidad de los inmigrantes, etc.), ha optado por una tipificación lo más amplia posible³⁴, con el fin de castigar cualquier comportamiento relacionado con la inmigración irregular, por muy alejado del bien jurídico que esté su radio de acción o por muy ínfimo que sea su potencial lesivo.

No se trata sólo de expansión de la intervención penal, sino que dicha expansión corre paralela a la difuminación del contenido de injusto de los hechos sancionados. Así, conductas subsumibles en el tipo básico como prestar dinero a un familiar para inmigrar ilegalmente a nuestro país o informar a un inmigrante subsahariano sobre el

³³ A mi juicio, para afirmar la consumación del delito previsto en el párrafo primero del art. 318 bis es necesario, al menos, que el desplazamiento migratorio se haya iniciado, resultando correcto castigar por delito consumado, como hace de forma mayoritaria la jurisprudencia, cuando el inmigrante es detenido en frontera. Pero, ¿sería posible condenar por tentativa cuando el desplazamiento migratorio ni siquiera ha comenzado? En la doctrina hay quien contesta afirmativamente a esta pregunta, entendiendo que si el sujeto “ha realizado todos los actos que objetivamente deberían haber dado lugar al resultado, incluido el contacto con los potenciales sujetos pasivos, pero éste no se produce porque finalmente el sujeto pasivo decide no llevar a cabo el desplazamiento, se estará ante un supuesto de tentativa acabada. Si el sujeto activo no llega siquiera a contactar directa o indirectamente con potenciales sujetos pasivos, los actos de ejecución se habrán realizado sólo en parte, debiéndose apreciar un supuesto de tentativa inacabada. Piénsese en el caso del sujeto que, con intención de promover el tráfico de personas a España, publica un anuncio en la prensa en el que ofrece la tramitación de la documentación necesaria y del viaje. Si el anuncio no es atendido, ni siquiera puede decirse que se hayan ejecutado todos los actos tendentes a la consecución del resultado” (RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos*, p. 87). Coincidiendo con esta autora, por ejemplo, PÉREZ CEPEDA, *Globalización...*, pp. 206 y ss; LÓPEZ-FANDO RAYNAUD, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, pp. 538-539.

³⁴ La amplia descripción de la conducta típica se ha entendido que podría resultar lesiva del principio de legalidad en su vertiente de certeza o taxatividad, por la parquedad en la descripción de los comportamientos prohibidos. Sin embargo, a mi juicio, la amplitud de la descripción no impide que quede claro el objeto de prohibición. Una vez se defina qué ha de entenderse por tráfico ilegal e inmigración clandestina, el juicio de subsunción sobre si una conducta puede entenderse como promoción, favorecimiento o facilitación de tales fenómenos no parece plantear más dudas que las normales en la interpretación de cualquier forma de participación.

lugar más vulnerable por el que saltar la valla, o proporcionar una ficticia carta de invitación, resultan subsumibles en el tenor literal del 318 bis, aunque el inmigrante ni siquiera haya conseguido su objetivo. Si bien puede afirmarse que conductas como las descritas favorecen de alguna manera la inmigración irregular, resulta cuestionable no ya que merezcan las gravísimas penas con las que se las conmina, sino que merezcan incluso ser elevadas a la categoría de infracción penal, por lo que entiendo que en buena medida el tipo básico del art. 318 bis también vulneraría el principio de lesividad.

V. ¿ES INCONSTITUCIONAL EL TIPO BÁSICO DEL ART. 318 BIS? EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD

Recapitulando lo argumentado hasta el momento, puede afirmarse que el delito analizado tensa, a mi juicio hasta el punto de lesionar, principios considerados tradicionalmente límites al *ius puniendi*, tales como el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de última ratio, el de lesividad y, como veremos, el de proporcionalidad de las penas; en definitiva, el principio de mínima intervención. Llegados a este punto podemos quedarnos en el terreno de la discrepancia o bien dar un paso más e indagar si las críticas realizadas podrían traducirse en una declaración de inconstitucionalidad del precepto.

¿Cómo, partiendo de la lesión de los principios limitadores del *ius puniendi*, que en realidad son principios de Política criminal, puede llegarse a afirmar un vicio de inconstitucionalidad? El puente entre ambos extremos lo tiende el juicio de proporcionalidad, que sirve para decidir si está justificada o no la restricción de un derecho fundamental y opera como canon de constitucionalidad no sólo de las resoluciones que aplican la norma, sino también de las normas mismas.

Según viene siendo articulado por nuestro Tribunal Constitucional, este juicio se desglosa en tres criterios. En primer lugar, se exige la adecuación de la medida para la consecución del fin perseguido; en segundo, la inexistencia de otros instrumentos menos drásticos e igualmente eficaces y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto, que exige que el fin perseguido justifique por su valor la concreta restricción del derecho, de tal forma que no se produzca un desequilibrio patente y excesivo³⁵. Si

³⁵ El Tribunal Constitucional en Sentencias del más diverso contenido ha aludido o empleado el criterio de proporcionalidad. Sin embargo, hasta la STC 66/1995 la jurisprudencia constitucional no define claramente los contornos de este principio. Declara el Tribunal Constitucional en la mencionada resolución que “para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si se cumplen los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto –la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes–; si además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto” (FJ 5º). Esta sistematización del principio de proporcionalidad es asumida por la STC 55/1996, sumamente interesante en cuanto matiza el contenido de los criterios de proporcionalidad cuando tal baremo se emplea para enjuiciar la constitucionalidad de una norma. Otro hito importantísimo en la jurisprudencia constitucional acerca del principio de proporcionalidad lo constituye la STC 136/1999, que de la aplicación de los criterios

el tipo básico del 318 bis no superara alguno de estos baremos, debería ser declarado inconstitucional por lesionar el art. 17 de la Constitución, en cuanto estaría imponiendo penas de prisión de forma injustificada.

No pretendo aquí reflexionar sobre el principio de proporcionalidad y su capacidad intrínseca de rendimiento, sino tan sólo indagar en las posibilidades de que obtener una declaración de inconstitucionalidad de la norma analizada. Y en este sentido conviene no crear falsas expectativas y advertir de la limitada capacidad de rendimiento del juicio de proporcionalidad tal y como viene siendo configurado por nuestro Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional, temeroso de invadir las competencias del legislador penal en el caso de la constitucionalidad de las normas, o las de los órganos de la jurisdicción ordinaria, en el caso de las resoluciones judiciales, ha configurado el juicio de proporcionalidad como un juicio de mínimos muy mínimos³⁶. Veámoslo.

Según el juicio de proporcionalidad, el derecho fundamental, en este caso la libertad, se vulneraría cuando la sanción penal es excesiva y ello sucede, en primer término, cuando carecen de relevancia los intereses tutelados o no están necesitados de protección. De esta sencilla manera encuentra acomodo en la proporcionalidad el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Ahora bien, según la jurisprudencia sólo procede declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando con ella se pretende salvaguardar bienes, o bien proscritos constitucionalmente, o bien absolutamente irrelevantes³⁷ y, aunque considero que la decisión político-criminal que motiva el tipo básico del 318 bis es una decisión incorrecta, reconozco la dificultad de encontrar un consenso que nos permita afirmar su absoluta irrelevancia habida cuenta de que los intereses protegidos no están vedados por la Constitución.

Tampoco deberíamos esperar una declaración de inconstitucionalidad por lesión del principio de última ratio. Para ello, según la jurisprudencia constitucional, ha de resultar incontrovertida y evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos lesivo³⁸. La ausencia de datos empíricos que demuestren que lo que aporta el

mencionados deriva la inconstitucionalidad del art. 174 bis a) del Código penal de 1973.

³⁶ En este sentido, la jurisprudencia constitucional reitera que el juicio de proporcionalidad en sede constitucional ha de partir de “la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo” y que “en el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última medida, de su específica legitimidad democrática...”, por lo que se insiste en aclarar “que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma” (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, FJ 23)

³⁷ En palabras del Tribunal Constitucional: “para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes” (STC 55/1996, FJ 7, 111/1993, FJ 9)” (STC 136/1999, FJ 23).

³⁸ “...sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarios para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento

Derecho penal al control de la inmigración irregular no supera los perjuicios que genera, aunque muchos indicios apuntan a ello, impediría de nuevo afirmar dicho extremo con la rotundidad que se exige. Sin embargo, no está de más hacer notar que con ello se produce una especie de “inversión de la carga de la prueba”, en la medida que para poder expulsar una norma del ordenamiento jurídico es necesario probar con rotundidad que no aporta nada relevante respecto a otros medios, y, sin embargo, no es preciso prueba alguna acerca de su necesidad e idoneidad para crear la norma penal e imponer severas penas de prisión.

Por lo que respecta al principio de lesividad, éste podría entenderse que está implícito en el principio de proporcionalidad en sentido estricto, pues antes de analizar si la gravedad de las penas se corresponde a la gravedad del hecho, habrá que constatar que las conductas tipificadas tienen la suficiente entidad como para que merezcan ser consideradas infracciones penales, y ya vimos que en el tipo básico podían subsumirse comportamientos cuya grado de lesividad era realmente insignificante. Pero la practicidad del principio de lesividad choca con un importante obstáculo: el concepto de peligro o peligrosidad. Nótese que tanto en el 318 bis como en la mayoría de los supuestos de lo que se ha dado en llamar expansión de la intervención penal, el concepto de peligro o peligrosidad juega un papel esencial, no ya como requisito para la imputación de la lesión, sino como elemento fundamentador del injusto. Probablemente no pueda prescindirse del concepto de peligro a la hora de criminalizar o tipificar conductas pero se hace necesaria la búsqueda de límites que probablemente el propio concepto de peligro no pueda generar. En toda conducta favorecedora de la inmigración siempre puede vislumbrarse una cierta peligrosidad respecto del bien jurídico. En muchos casos esa peligrosidad será mínima pero probablemente suficiente para superar ese juicio de mínimos que es como se ha configurado en sede constitucional el principio de proporcionalidad.

Quizá podríamos albergar mayores esperanzas de cara a una declaración de inconstitucionalidad respecto del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir de aquel que valora la gravedad de la sanción. Conviene recordar que el tipo básico castiga con penas de cuatro a ocho años de prisión la simple ayuda directa o indirecta a la inmigración, habiendo excedido con creces el legislador español sus compromisos europeos en cuanto a la severidad de las penas³⁹.

jurídico” (STC 161/197, FJ11°), circunstancia que el Tribunal Constitucional niega, en la Sentencia citada, con el simple argumento de que la menor gravedad de las medidas administrativas alternativas le impide concluir que vayan a causar similares efectos. Desde luego este último argumento no resulta aceptable, pues si de la mayor gravedad de las sanciones penales respecto a las administrativas se derivara la imposibilidad de afirmar la ineficacia de las primeras respecto de las segundas, el segundo criterio del juicio de proporcionalidad resultaría totalmente inoperante para derivar de él la inconstitucionalidad de una norma penal que imponga una pena privativa de libertad, por definición más gravosa que cualquier otra medida y, por ello, con un mayor poder preventivo.

³⁹ La Decisión Marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares, como regla general no obliga expresamente a echar mano de la pena de prisión para combatir la ayuda a la entrada, tránsito o permanencia irregular, aunque sí exige que las penas establecidas puedan dar lugar a la extradición. Sí alude expresamente a la pena de prisión cuando la ayuda a la entrada o tránsito ilegal se haya cometido con ánimo de lucro y, además,

En alguna ocasión el TC ha declarado inconstitucional una norma penal por vulneración de este principio. En concreto así lo hacía la STC de 20 de julio de 1999, más conocida como Sentencia de la Mesa de HB, por carecer el precepto penal entonces enjuiciado de mecanismos que permitieran adecuar la gravedad de la pena establecida a la muy diferente gravedad de las variadas conductas que podían subsumirse en dicho precepto. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría con el precepto entonces enjuiciado, el 318 bis sí ofrece, en su apartado sexto, un mecanismo para rebajar en un grado la pena en atención a las circunstancias del hecho o del culpable. Este mecanismo es a mi juicio susceptible de crítica en la medida que su aplicación obliga al juez a una decisión *ex profeso* y a una labor extra de motivación que, en definitiva, entorpece la aplicación generalizada de penas acordes con el grado de injusto cometido. Sin embargo, permite bajar hasta dos años la pena de prisión, abriéndose entonces la posibilidad de aplicar medidas alternativas. Por ello, difícilmente esta *ratio decidendi* de la mencionada Sentencia podrá ser utilizada para sustentar la inconstitucionalidad del precepto que nos ocupa.

Por otra parte, hemos de tener en cuenta que habrá ocasiones en que el órgano judicial no pueda aplicar una medida alternativa a la prisión, por ejemplo, porque no se dan los requisitos de la suspensión o sustitución de la pena o porque el autor es un extranjero no residente legal. En estos casos sólo cabe la pena de prisión de, al menos dos años. Aún habiendo rebajado, esta sigue pareciéndome desproporcional para conductas como las de prestar desinteresadamente dinero al inmigrante para entrar en nuestro país, o haberle proporcionado una ficticia carta de invitación.

Estoy limitando mis reflexiones al tipo básico, por ser éste el objeto de mi investigación, pero para concluir con este aspecto de la desproporción permítaseme citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 24 de febrero de 2005 que aplica el tipo atenuado y condena a un ciudadano marroquí por intentar introducir en la península, haciéndolo pasar por su hijo, a un sobrionieto, próximo a cumplir los dieciocho años. Dada la minoría de edad del inmigrante la Audiencia parte de una pena inicial de

dicha ayuda forme parte de las actividades de una organización delictiva, o bien, la infracción se haya cometido poniendo en peligro la vida de las personas objeto de la infracción. En estos casos la pena privativa de libertad tendrá una duración máxima no inferior a ocho años (art. 1.3), o excepcionalmente no podrá ser inferior a seis años si ello es indispensable para salvar la coherencia del régimen sancionador nacional (art. 1.4). Por otra parte, el art. 1.2 de la Directiva 2002/90/CE del Consejo, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares permite a los Estados miembros no imponer sanciones a las conductas de ayuda a la entrada y tránsito irregulares cuando su finalidad sea la de prestar ayuda humanitaria. Resulta obvio que las sanciones establecidas en el art. 318 bis exceden en severidad las obligaciones impuestas en la normativa europea reseñada. En primer lugar, el legislador español no ha hecho uso de la posibilidad de dejar impunes las conductas guiadas por un fin de ayuda humanitaria, por lo que la relevancia de tal circunstancia se subordina a la discrecionalidad del órgano judicial, que podrá tenerla en cuenta para la aplicación del tipo privilegiado recogido en el apartado sexto del art. 318 bis. Por otra parte, los ocho años que, como regla general, según la Decisión Marco, debería constituir, como mínimo, el límite máximo de la pena impuesta cuando concorra ánimo de lucro y organización o puesta en peligro de la vida, es impuesto por el legislador español como límite máximo del tipo básico, es decir, para conductas en las que no concurre ninguna de las circunstancias mencionadas, pudiendo llegar las penas a dieciocho años cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de la organización en cuyo seno se han llevado a cabo las conductas, o a veintidós años y medio si, con estas circunstancias, la promoción o ayuda a la inmigración hubiera estado guiada por el propósito de explotación sexual (apartado quinto del art. 318 bis).

seis a ocho años (el Fiscal pedía seis), por lo que, aún aplicando la penalidad atenuada no puede condenar a menos de tres años de prisión. Se trata a todas luces de una pena clamorosamente desproporcionada y, aunque el Tribunal Constitucional reitera y reitera que el establecimiento de la pena “es fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca” (STC 55/1996, FJ 6; STC 161/1997, FJ 12), confío, si el juicio de proporcionalidad ha de servir de algo, que llegado el caso declarara la inconstitucionalidad del precepto que hace posible semejante aberración.

Para concluir, tan sólo insistir en que asistimos a una muy preocupante devaluación del Derecho penal y a una insoportable banalización de la pena de prisión y prueba de ello es el tipo básico del 318 bis, que castiga con penas de 4 a 8 años de prisión conductas como la de ayudar desinteresadamente a un inmigrante a entrar en nuestro país de forma irregular. Con o sin declaración de inconstitucionalidad, me parece evidente que semejante norma excede lo razonable y no puede ser sino objeto de una clara reprobación. Pero creo que el método para combatirla pasa por aceptar y denunciar que el Derecho penal y la pena de prisión están siendo utilizados, de forma desproporcionada, como un instrumento de refuerzo de una muy dudosa política de inmigración.