



Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas

Carolina Villacampa Estiarte

Profesora titular de Derecho penal de la Universitat de Lleida

SUMARIO: I. Antecedentes: Introducción del delito de tráfico de personas en el Código penal de 1995. II. Problemática aneja a la previsión del delito de tráfico de personas en el Código penal de 1995. III. Modificaciones introducidas por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en el art. 318 bis CP. IV. ¿La actual configuración del art. 318 bis CP soluciona los problemas detectados en su primigenia redacción?

El art. 318 bis CP, introducido en el texto punitivo por la Disposición final segunda de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, ha sido modificado por una de las recientes disposiciones tramitadas como proyectos de ley integradoras de la batería de reformas penales emprendidas por el gobierno a finales de la séptima legislatura. En concreto, ha sido la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros la que ha operado la referida modificación, en-

marcada, tal como reza la Exposición de motivos de la Ley, en la necesidad de dar respuesta penal frente a nuevas formas de delincuencia que “se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos”.

La reforma emprendida plantea cuestiones de tanta enjundia como la posible formulación de un juicio acerca de la oportunidad de acometimiento de este conjunto de modificaciones del Código penal —por el momento, por el método y por las circunstancias en que se ha producido—¹, o la adecuación de pretender tratar —y/o resolver— en una única Ley de reforma del Código Penal cues-

1. Las reformas penales sustantivas de mayor calado aprobadas en los últimos tiempos son las incorporadas, además de en la norma a que se ha hecho referencia en el texto, en la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, en vigor desde el día 2 de julio de 2003, LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuya parte penal sustantiva referida a mayores de edad penal entra en vigor el día 1 de octubre de 2004, con independencia de las modificaciones introducidas en las insolvencias punibles, que entraran en vigor el mismo día en que lo haga la Ley concursal, esto es, el día 1 de septiembre de 2004, y, finalmente, la reciente LO 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO del Poder Judicial y del Código penal, que entró en vigor el día 27 de diciembre del pasado año. En otro orden de consideraciones, conviene tener presente la modificación de carácter menor de la LO General Penitenciaria por obra de la LO 6/2003, de 30 de junio, de modificación de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, que se limita a modificar su art. 56, o la trascendental modificación en el régimen de la prisión preventiva por obra de la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, en vigor desde el día 28 de octubre de 2003, algunas de cuyas reformas han sido ya nuevamente modificadas por la LO 15/2003. El rechazo de algún grupo parlamentario al Proyecto de LO de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los inmigrantes se debe justamente al hecho de integrar una parte de una reforma global del Código Penal enmascarada en diversos proyectos de ley, sin un proyecto conjunto de modificación. Así justifica la enmienda núm. 5, enmienda a la totalidad, presentada por el grupo parlamentario mixto, la congresista LASAGABASTER OLAZÁBAL —*vid.* Boletín oficial de las Cortes Generales de 13 de mayo de 2003, Con-

tiones tan diversas como la seguridad ciudadana, la violencia doméstica y la integración social de los extranjeros, o el peligro inherente al tratamiento conjunto de las mismas². A pesar de su indudable interés, las mencionadas cuestiones no serán objeto de análisis, pues en la presente aportación me limitaré a exponer las novedades introducidas en relación con la figura del tráfico de personas, previsto en el art. 318 bis CP, como único integrante del Título relativo a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

El objeto de esta breve investigación viene, pues, constituido por la finalidad de, más allá de constatar las novedades incorporadas a la tipificación de esta figura delictiva, comprobar si las mismas dotan de mayor racionalidad a la regulación de este ilícito penal. Para ello, será necesario proceder siguiendo un orden lógico según el cual, exponiendo los antecedentes de la primigenia regulación de este delito y destacando las cuestiones dudosas que aquélla ha planteado, se refieran las novedades introducidas por la reforma operada por LO 11/2003, efectuando la correspondiente confronta-

ción entre problemas planteados y mejoras técnicas introducidas, con el objetivo de determinar si la gran mayoría de los puntos oscuros han sido resueltos o si, por el contrario, la última regulación, ya en vigor³, abre nuevos interrogantes.

I. Antecedentes: Introducción del delito de tráfico de personas en el Código penal de 1995

Como se ha indicado, el art. 318 bis y el Título que lo contiene fueron introducidos en el Código Penal mediante la Disposición final segunda de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su Integración Social, que fue posteriormente modificada mediante LO 8/2000, de 22 de diciembre⁴. La referida norma, en su primigenia configuración, constituyó la muestra de un intenso debate entre los distintos grupos parlamentarios al que se pretendió dar fin con su ulterior modificación en diciembre de ese mismo año⁵, puesto que su aparición fue el resultado de tres proposiciones de Ley

greso, serie A, núm. 136-8, págs. 25-26, de la misma manera que esa consideración sirvió a la senadora de Boneta y Piedra para defender la propuesta de veto núm. 1 presentada al Senado al referido proyecto, que fue rechazada, junto con las otras dos presentadas, en comisión (cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 10 de septiembre de 2003, Senado, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 138 (b), págs. 11-13).

2. Una de las razones que ha conducido al rechazo de global del Proyecto de LO en ambas cámaras por parte de algunos grupos parlamentarios viene constituida precisamente por lo tendencioso de la asociación de la seguridad de la integración social de los extranjeros, tal como se deduce de las intervenciones de parlamentarios de ERC integrados en el grupo mixto en ambas cámaras, o por el tratamiento conjunto de las tres cuestiones que la ley regula, cuando deberían ser objeto de los respectivos y singulares proyectos de modificación, tal como defienden los parlamentarios de Izquierda Unida. Finalmente, también los parlamentarios del grupo socialista, tanto en el Congreso como en el Senado, fundamentan la enmienda a la totalidad que formalizan en la primera cámara, así como la propuesta de veto en la segunda, entre otras razones, en que en la relación establecida entre seguridad e inmigración el gobierno parte de una premisa errónea, cual es que los extranjeros llevan a cabo conductas constitutivas de infracciones penales con la finalidad de eludir la expulsión. El rechazo global al proyecto, por su contenido y por el procedimiento de urgencia empleado en la tramitación, en ambas cámaras, queda reflejado tanto en el número de enmiendas a la totalidad presentadas en el Congreso, en total 6, cuatro de ellas presentadas por integrantes del grupo mixto, una presentada por integrantes del grupo parlamentario federal IU, y la última presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 13 de mayo de 2003, Congreso, serie A, núm. 136-8, págs. 21-27), como en las tres propuestas de veto formuladas en el Senado, las dos primeras del grupo mixto y la tercera del grupo socialista (vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 10 de septiembre de 2003, Senado, Serie II, proyectos de Ley, núm. 138 (b), págs. 11 y ss.), unas y otros rechazados.

3. Al respecto, conviene tener presente que, según la Disposición Final segunda, la LO 11/2003, entraba en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el día 30 de septiembre de 2003.

4. Acerca del proceso de introducción de este precepto en el CP *vid.*, entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 2.ª edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 1513 y ss.

5. Lo LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de lo LO 4/2000, procedió a configurar un nuevo escenario en la situación jurídica de los extranjeros en España sin que hubiera llegado a pasar un año desde la aprobación de aquélla. Acerca de las modificaciones introducidas por ésta en la LO 4/2000 puede verse, por todos, SAGARRA TRIAS, "La legislación española del 2001 sobre extranjería e inmigración", en *RJCat*, 2002-1, págs. 61 y ss., quien destaca, en pág. 67, que "la aprobación de la Ley 4/2000 a finales de la anterior legislatura fue considerada como una afrenta por el grupo parlamentario mayoritario en el Congreso, pues fue la única votación que perdió durante toda la legislatura. Inmediatamente a su promulgación el gobierno decidió, como prioridad de su política de extranjería y del programa electoral, modificar la LO 4/2000, que aún estaba balbuceante y con un proceso de regularización en marcha. *La Ley, por tanto, y ante este panorama, nació muerta*".

presentadas por los Grupos Parlamentarios Mixto, Catalán y Federal de Izquierda Unida, que inicialmente no pretendían la aprobación de una nueva ley, sino la reforma de la actualmente derogada LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, a las que cabía añadir la enmienda a la totalidad presentada por el Grupo Parlamentario Socialista con texto alternativo.

Ninguna de las tres iniciativas preveía la tipificación de una infracción administrativa relacionada con el tráfico ilegal de personas, pues únicamente en las enmiendas presentadas por el Grupo parlamentario socialista y por el popular se solicitaba la inclusión de sendas infracciones administrativas relacionadas con el tráfico ilegal de personas. Fue a lo largo de la tramitación parlamentaria de las tres propuestas, que se efectuó conjuntamente según se acordó en Comisión constitucional, cuando apareció la previsión de un nuevo Título en el Libro II del Código Penal, integrado por el delito de tráfico de personas. En concreto, la propuesta de modificación del texto punitivo surgió en el trámite de informe de la ponencia, en que, además, la futura norma aparece ya como ley, y no como modificación de la anterior LO 7/1985, de 1 de julio. La redacción dada al texto del propuesto art. 318 bis CP en el informe de la ponencia suponía un

menor nivel de intervención del ordenamiento jurídico-penal en el tráfico ilegal de personas que el correspondiente al texto finalmente aprobado, que fue el que se dio al precepto en el seno de la Comisión constitucional, en cuyo dictamen aparece como finalmente se mantuvo en la aprobación de la LO 4/2000, de 11 de enero.

Tras su paso por la Comisión Constitucional no afectaron a este precepto cuya introducción preveía el proyecto ninguno de los posteriores debates, con las consiguientes modificaciones, producidos en el Congreso o el Senado. De tal manera que la parquedad de la tramitación parlamentaria en este aspecto tan trascendente de la norma sustraía al operador jurídico-penal datos de trascendencia en punto a la interpretación del precepto ya en su primitiva versión⁶, y probablemente explica en parte la problemática acerca de algunas cuestiones relacionadas con el mismo a las que en el siguiente epígrafe se hará alusión. Lo que sí se deduce de la tramitación parlamentaria es el claro influjo que tuvieron en la aprobación de la Ley, y en la previsión del delito, las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Tampere. Sin desmerecer otros antecedentes que explican la inclusión del art. 318 bis en el CP español, tanto en Derecho europeo⁷ como en convenios o resoluciones aprobados por diversos organismos suprana-

No obstante, además de las referidas razones de carácter político, existen otras de carácter técnico que justifican parte de la reforma, así el establecimiento de responsabilidad de los transportistas, de conformidad con el convenio de Schengen, con la consiguiente modificación del Título III de la LO 4/2000, relativo a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, en que introduce sanciones contra las compañías de transporte y contra quienes organizan redes para el tráfico de seres humanos. La reforma apenas modifica el Código penal, limitándose a instaurar un régimen distinto de expulsión de extranjeros condenados por la comisión de los delitos previstos en los arts. 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518, contenido en el art. 89 CP, y que ha sido nuevamente modificado por obra de la LO 11/2003. Sin embargo, en su disposición adicional primera establece "los Ministerios de Justicia e Interior adoptarán las medidas necesarias para que la Comisión Técnica, constituida en el seno del Ministerio de Justicia para el estudio de la reforma del sistema de penas del Código Penal, examine las modificaciones necesarias en relación con los delitos de tráfico ilegal de personas, en particular en los casos en que intervengan organizaciones que, con ánimo de lucro, favorezcan dicho tráfico.

En cuanto a la responsabilidad de los transportistas y al establecimiento de sus obligaciones en punto al control de la inmigración que les incumbe, puede decirse que el Estado español se ha adelantado a la transposición de lo que posteriormente ha constituido la Directiva 2001/51/CE, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del art. 26 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985. Sin embargo, la efectiva transposición de ésta se ha producido mediante la LO 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, entre otras normas. La Exposición de motivos de esta norma justifica las modificaciones sobre la base de la necesidad de adaptación a los cambios producidos en el fenómeno migratorio y en la forma de producirse el hecho migratorio, así como por la necesidad de adaptar la legislación de extranjería a decisiones tomadas en los últimos tiempos en el seno de la Unión Europea e incorporar consideraciones técnicas efectuadas por el Tribunal Supremo.

6. Al respecto, *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., págs. 1514-1515, en que se destaca que en las intervenciones de algún parlamentario se hacía referencia a la necesidad de incriminación de estas conductas por la existencia de bienes jurídicos de "cierta enjundia" que el ordenamiento jurídico debía proteger, aunque sin determinar en qué consistían los referidos intereses.

7. Como documentos elaborados por instituciones de la Unión en relación con la delincuencia organizada y, en concreto con la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, pueden citarse, entre otros, además de las recomendaciones contenidas en documento del Consejo sobre "prevención y control de la delincuencia organizada" —en el que se contienen recomendaciones respecto de la delincuencia organizada en relación con la explotación económica de los inmigrantes, en que se sigue la tradición manifestada por el Consejo Europeo de Amsterdam de 1997 y el de Viena de 1998, al que se añadió el de Tampere, en lo tocante a la inmigración ilegal—

cionales⁸, todos ellos enderezados a luchar contra la delincuencia organizada, y contra dos de sus posibles manifestaciones —la inmigración ilegal o clandestina y la trata de seres humanos— no se duda ya de la trascendencia de algunas de las conclusiones del documento aprobado en el referido Consejo en orden a la incriminación de este delito en nuestro ordenamiento jurídico.

Este documento, cuyo objetivo es la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, establece dos tipos de medidas con el objeto de conseguir su meta⁹. Por una parte, reconoce que el efectivo establecimiento de un espacio de libertad pasa por la extensión de las garantías reconocidas a los ciudadanos de la Unión también a los de terceros países, proponiendo la adopción de una política de asilo e inmigración común de la Unión Europea que implica la necesidad de trato justo de los nacionales de dichos países, con equiparación del estatuto jurídico de los extranjeros que residan legalmente en territorio de la Unión a los ciudadanos de ésta. Por otra parte, según se desprende del documento del Consejo de Tampere, que la Unión se convierta en un espacio de libertad también implica la necesidad de gestión de los flujos migratorios, haciendo frente a la inmigración ilegal, en especial, atajando el problema mediante la adopción de legislación que prevea sanciones para quienes se dedican a la trata de seres humanos y a la explotación económica de los inmigrantes, según se deduce de las conclusiones 22 a 27 del documento. En relación con este segundo aspecto, en el apartado del documento

relativo a la lucha contra la delincuencia a escala de la Unión, entre otras medidas de cooperación, en la conclusión núm. 48, el Consejo reserva para el Derecho penal nacional la labor de crear delitos relacionados con la delincuencia organizada y transnacional, relativos a sectores como la delincuencia financiera, el tráfico de drogas, la trata de seres humanos, la delincuencia de alta tecnología y el delito ecológico.

II. Problemática aneja a la previsión del delito de tráfico de personas en el Código penal de 1995

Con los antedichos precedentes parlamentarios, por obra de la LO 4/2000, de 11 de enero, se incorporó al Libro II del Código Penal de 1995 un nuevo Título, el Título XV bis, rubricado “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, que contiene un único precepto, el art. 318 bis CP, en que se introdujo el delito de tráfico ilegal de personas. En éste se incriminaba como conducta integradora del tipo básico, a la que correspondía pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, la promoción, el favorecimiento o la facilitación del tráfico ilegal de personas desde, en tránsito, o con destino a España. Como supuestos cualificados, se preveían, en un primer nivel agravatorio en el núm. 2 del precepto, la imposición de una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses cuando el tráfico se efectuaba con ánimo de lucro o empleando

la temprana recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 1995, sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo de ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin, así como la de 27 de septiembre de 1996, sobre lucha contra el empleo ilegal de nacionales de terceros estados. Con relación a la trata de seres humanos, constituye también un antecedente la trascendente Acción Común de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, en que además de definirse lo que se entiende por “trata”, se establecen obligaciones a los Estados miembros de revisar sus legislaciones al objeto de garantizar que determinados comportamientos tengan naturaleza penal.

Sobre la normativa emitida por distintas instancias de la Unión relativas a estas cuestiones, *vid.*, entre otros, SERRANO PIEDECA-SAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000)*, CGPJ, *Manuales de formación continuada*, n.º 5, 1999, págs. 366 y ss.; RECHEA ALBEROLA/GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, “Una aproximación al tráfico de mujeres con fines de explotación sexual en España”, en *CPC*, núm. 80, 2003, págs. 287-290, en relación a la trata de seres humanos con exclusividad; MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 11 y ss., en que menciona las diversas acciones comunes existentes sobre trata de seres humanos; ARROYO ZAPATERO, “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dir.), *LH Barbero Santos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, vol. II, págs. 27-28; HIGUERA GUIMERÀ, “Tráfico ilícito de personas”, en *Estudios sobre la Violencia familiar y agresiones sexuales*, III-2000, Ministerio de Justicia y Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 2000, págs. 540 y ss. Una amplia exposición acerca de tales instrumentos puede encontrarse en DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 131 y ss. Con referencias a la inmigración clandestina en exclusiva, *vid.* RUIZ CASTILLO, “Marco legal de la inmigración en la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Social*, n.º 21, 2003, págs. 29 y ss.

8. Cfr. DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., págs. 86 y ss., en especial el exhaustivo tratamiento que otorga resoluciones y otros documentos emitidos por Naciones Unidas.

9. *Id.* VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., págs. 1515-1516.

determinados medios, así empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima. En un segundo nivel agravatorio, el núm. 3 del art. 318 bis CP preveía la imposición de la pena que correspondiera en su mitad superior cuando el tráfico se produjera en determinadas circunstancias, esto es, cuando en la comisión de los hechos se hubiera puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, o en atención a la especial vulnerabilidad de la víctima, cuando ésta fuera un menor de edad. En un siguiente nivel agravatorio se situaba el tipo cualificado que preveía el núm. 4 del art. 318 bis CP, puesto que imponía la pena prevista en el núm. 3, a la que se añadía la inhabilitación absoluta de seis a doce años, cuando se realizaran los hechos prevaleándose de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Finalmente, en lo que podría tildarse de último peldaño en una escala de gravedad se situaba el tipo previsto en el núm. 5 del referido artículo, en que la cualificación conducía a la aplicación de las correspondientes penas superiores en grado a las respectivamente previstas en los anteriores parágrafos cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicara a la realización de tales actividades.

Sin embargo, el título introducido y el precepto que incorporaba, a pesar de su corta existencia, no se han hallado exentos ni de problemas interpretativos ni de dificultades de acomodación sistemática en relación con otros preceptos que, con distintas ubicaciones en el texto punitivo, pueden incluir supuestos específicos de tráfico ilegal.

Comenzado por las cuestiones de encuadre del nuevo delito, se ha discutido el objeto jurídico de tutela en el tráfico de personas. Al respecto, las diversas opciones que se han venido defendiendo pueden dividirse en dos grandes grupos, aun admitiendo las correspondientes subdivisiones, en función de que la opción sea la protección de un interés estatal, cual la protección de flujos migratorios¹⁰, lo que conduce una configuración formal del ilícito que se comenta, o bien el interés jurídico tutelado se identifique con un objeto más próximo a algún interés titularidad de los trasladados¹¹. A pesar de que la ubicación sistemática del precepto podría conducir a una posición formalizadora en punto a la identificación del objeto de tutela, la búsqueda de un bien jurídico que dotara de un contenido material de antijuridicidad a la conducta típica y que impidiera su conversión en una mera infracción formal, evitando una interpretación del tipo que condujera a considerarlo como infracción administrativa elevada a la categoría de delito, llevó a quien esto suscribe a defender que el objeto de tutela se identificaba con los personales e individuales de quienes se veían sometidos a un traslado ilegal, que podría concretarse en la dignidad humana como base para el ejercicio del resto de derechos, esto es, como impedimento a la consideración de las personas como mercancía, en la interdicción al trato vejatorio que representa convertir en cosas a los seres humanos¹². Con ello se pretendía evitar la infracción del principio de última ratio que podría suponer la incriminación de una conducta contra un indicador macroeconómico, cual la defensa de las directrices de política de control de flujos migratorios fijada por el Estado español en coordinación con el resto

10. De esta opinión, GARRIDO PÉREZ, en ROJO TORRECILLA (Coord), *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 104, para quien se protege el derecho del Estado a ordenar las migraciones; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, "Ley de extranjería y derecho penal", en *La Ley*, 2001, diario núm. 5261, pág. 2, para quien, teniendo en cuenta la ubicación del precepto, nos hallamos ante la protección de un bien jurídico supra individual institucionalizado —o interés difuso— de carácter socioeconómico, atendiendo a que el fenómeno de la inmigración constituye un fenómeno socioeconómico y una cuestión de Estado, en relación con el cual la tutela de los derechos individuales de los inmigrantes como colectivo ostenta una función representativa del referido interés difuso. En este primer grupo, aunque no tan alejadas del segundo, pueden contarse aquellas opiniones que consideran que el tipo básico del art. 318 bis CP tutela el control de los flujos migratorios, mientras los tipos cualificados se enderezan a la protección de intereses como la dignidad; *vid.*, PALOMO DEL ARCO, "Criminalidad organizada y la inmigración ilegal", en *La Criminalidad Organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, II-2001, págs. 175-177; ARROYO ZAPATERO, *Propuesta de un euradelito de trata de seres humanos*, op. cit., págs. 33 y ss., quien no tanto en relación con el art. 318 bis CP, sino con la propuesta de tipificación que el mismo efectúa, considera que el tipo básico protege la política migratoria, y los tipos cualificados integran tipos pluriofensivos en que se protegen bienes jurídicos fundamentales del inmigrante puestos frecuentemente en peligro o lesionados.

11. En semejantes términos, NAVARRO CARDOSO, "Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en *Revista Penal*, 2002, n.º 10, pág. 43.

12. Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, op. cit., págs. 1517-1518.

de países de la Unión, pues se consideraba suficiente para la tutela de dicho interés colectivo el recurso al Derecho administrativo sancionador, aun a pesar de que 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 parece no habernos dado absolutamente la razón en esta última apreciación¹³. Al margen del indudable endurecimiento que en los últimos tiempos ha experimentado la política de la Unión relativa a la interdicción de la inmigración ilegal, no han faltado autores que han defendido incluso más recientemente que tales conductas deberían quedar al margen del Derecho penal¹⁴.

A pesar de la tendencia observada en la política de la Unión hacia el recurso al Derecho penal para evitar la inmigración clandestina o ilegal, puede afirmarse que la posición mayoritaria de los autores que se han ocupado del análisis del art. 318 bis CP se aleja de una interpretación formalizadora del bien jurídico protegido en el precepto,

optando por la segunda de las opciones antes mencionadas, bien defendiendo la tutela de la dignidad¹⁵, bien aludiendo a la protección del derecho de todo inmigrante a alcanzar la plena integración social¹⁶, concretándolo en la protección del estatus jurídico de extranjero¹⁷, o apelando a la protección de los derechos sociales o políticos de los inmigrantes¹⁸, entre otras posibilidades.

La opción tendente a acercar el interés tutelado a los personales de los sujetos traficados, sobre todo cuando éste se identifica con aspectos relacionados con la dignidad humana, ha conducido también a cuestionar la corrección en la ubicación sistemática del Título introducido. Su inclusión tras el relativo a la tutela de los derechos de los trabajadores se compadece mejor con la afirmación de la protección de un interés económico, apelando algunos a su preferible ubicación tras los delitos contra la integridad moral, o entre éstos¹⁹, si de lo que se trata es de la protección de la dignidad.

En relación con el tipo del delito, tampoco la regulación del tráfico de personas introducida en el

13. Como *infra* se verá, a través de la referida Decisión marco se establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que algunas de las infracciones contenidas en la Directiva 2002/90/CE del Consejo, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares, sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan dar lugar a extradición, concretando la naturaleza y la duración máxima de las mismas.

14. De esta opinión, entre otros, DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., págs. 241 y 422, quien aclara que, según su parecer, conductas de tráfico lo son únicamente las contenidas en los tipos cualificados del art. 318 bis, constituyendo la del tipo básico del mismo precepto un mero proceso de inmigración al margen de los requisitos administrativos propios de cada Estado, dirigidos a controlar el flujo de emigrantes y el mercado laboral, que debe constituir el supuesto de hecho de una infracción administrativa. Advierten asimismo de los peligros de la excesiva formalización del delito y de su consiguiente conversión en ilícito administrativo elevado a la categoría de delito, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 56; NAVARRO CARDOSO, *Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., pág. 44.

15. De esta opinión, DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., págs. 242 y ss., que relaciona el objeto de tutela con la integridad moral; GUANARTEME SÁNCHEZ, "El nuevo delito de tráfico ilegal de personas", en LAURENZO COPELLO (Coord.), *Inmigración ilegal y derecho penal. Bases para un debate*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 289.

16. En este sentido, SERRANO PIEDECASAS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., pág. 380, quien, en concreto, se refiere a la privación que el tráfico supone a los inmigrantes de la posibilidad de integrarse normalmente en la sociedad española, privándoles del disfrute de los derechos y libertades contenidos en el Título I de la Constitución; SERRANO PIEDECASAS, "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en LAURENZO COPELLO (Coord.), *Inmigración y derecho penal, bases para un debate*, op. cit., pág. 332. En semejantes términos, aunque con menor concreción, HIGUERA GUIMERA, *Tráfico ilícito de personas*, op. cit., pág. 560, quien se refiere a la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros; GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en AP, 2002, n.º 29, pág. 732, quienes, sin renunciar a considerar que el precepto protege el derecho del Estado a controlar las migraciones, afirman su carácter pluriofensivo, considerando que también protege los derechos de los ciudadanos extranjeros.

17. Vid. RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., pág. 58, quien identifica el referido estatus con los derechos y libertades reconocidos al extranjero en el ordenamiento jurídico español.

18. De esta opinión, NAVARRO CARDOSO, *Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., pág. 49, quien, a diferencia de SERRANO PIEDECASAS, limita los derechos protegidos a los sociales o políticos no exclusivos de los nacionales, esto es, a derechos cuya titularidad ostentan los españoles pero que pueden ostentar los extranjeros siempre que exista previsión legislativa en este sentido, excluyendo del ámbito de protección del art. 318 bis CP los derechos fundamentales vinculados al desarrollo de la dignidad de la persona, por considerarlos suficientemente protegidos en otros tipos penales, así como los derechos vinculados a la nacionalidad.

19. En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., pág. 1518; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., pág. 120; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., pág. 251.

Código Penal por obra de la LO 4/2000, de 11 de enero, ha estado exenta de problemas. Comenzando por el tipo básico del delito, el contenido en el número primero del art. 318 bis CP, la amplitud del concepto mismo de tráfico ha sido discutida. La razón de la indeterminación de este término en el tipo básico del delito contenido en el art. 318 bis CP puede deberse a que, si bien el concepto de tráfico acostumbra a identificarse con traslado poblacional producido en circunstancias que atentan contra la dignidad de los trasladados, de forma que se acerca al concepto de "trata" de personas, implicando la cosificación de los traficados, su victimización²⁰, la previsión de tipos cualificados en los números segundo y siguientes del art. 318 bis CP que integrarían el concepto prejurídico de tráfico plantea el peligro de dejar para el tipo básico únicamente conductas de traslado físico de personas que se identificarían más con la inmigración clandestina que con la trata de personas.

Constituye una muestra de la indeterminación del concepto, en primer lugar, la renuncia a utilizarlo en las propuestas de regulación de este delito efectuadas por distintos autores en nuestro país. Así ocurre en la propuesta de un eurodelito de tráfico de personas formulada por ARROYO ZAPATERO²¹ o en la

regulación que plantea como posible de *lege ferenda* para nuestro Derecho penal interno DE LEÓN VILLALBA²², aun cuando ambas propuestas difieren en el sentido de que la primera acerca la conducta del tipo básico a la propia del traslado de lugar clandestino y la segunda a la trata de seres humanos. Ello a pesar de que en convenios internacionales suscritos por el Estado español no se prescinde del vocablo "tráfico", pues el Protocolo contra el Tráfico de Inmigrantes por Tierra, Mar y Aire anejo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional contiene una definición del mismo, aunque la normativa de la Unión Europea no se refiere a ese concepto, sino que acostumbra a distinguir la "inmigración ilegal" de la "trata de seres humanos". En segundo lugar, también contribuye a mostrar la posible amplitud interpretativa a que conduce la indeterminación del concepto el uso que de él ha efectuado la jurisprudencia de nuestros Tribunales, que ha incluido en el delito previsto en el art. 318 bis CP cualquier traslado de inmigrantes efectuado allende o dentro de las fronteras de nuestro país, sin necesidad de que se produzca en circunstancias determinadas²³.

Sin desconocer los peligros de formalización de la conducta típica inherentes al término "trá-

20. Vid. , al respecto, la exhaustiva exposición acerca del concepto de "tráfico" de personas y su distinción del concepto de inmigración ilegal efectuada por DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., págs. 20 y ss., quien, en pág. 61, concluye identificando la inmigración ilegal con un traslado entre países vulnerando la legalidad vigente en materia de traspaso de fronteras y/o residencia, mientras que conceptúa el tráfico de personas como "toda actividad de promoción o favorecimiento de la recluta o transporte de personas entre países o entre regiones, dirigido a su explotación laboral o sexual o sometimiento a esclavitud o práctica semejante, utilizando violencia, intimidación, engaño, o cualquier otra forma de abuso de la situación familiar, laboral o social de la víctima, con o sin el consentimiento de ésta"; MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*, op. cit., págs. 11 y ss., quien al exponer las características de esta moderna forma de esclavitud, utiliza el vocablo "tráfico" para referirse a conductas que integran formas de trata de personas; RECHEA ALBEROLA/GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Una aproximación al tráfico de mujeres con fines de explotación sexual en España*, op. cit., págs. 287-290, quienes conceptúan el tráfico de seres humanos en idénticos términos a como el convenio Europol conceptúa lo "trata de seres humanos".

21. Cfr. ARROYO ZAPATERO, *Propuesta para un eurodelito de trata de seres humanos*, op. cit., págs. 31 y 32, en que efectúa su propuesta, incluyendo en el tipo básico, sin referencia al "tráfico" las siguientes conductas: a) la recluta de personas con la finalidad de transportarlas ilegalmente o fraudulentamente hacia el territorio de la Unión Europea; b) transporte de las personas con esa finalidad u organización de otro modo de su entrada ilegal o fraudulenta; c) una vez introducidas dichas personas, la ocultación o transporte clandestino o la organización de otro modo de su estancia ilegal o fraudulenta.

22. Vid. DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., págs. 425-426, quien propone la introducción de un art. 176 bis al CP del siguiente tenor "1. El que promueva o favorezca, la recluta o el transporte, legal o ilegal, de personas, desde, en tránsito o con destino o España (en el territorio de la Unión Europea) empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de la situación de necesidad de la víctima, con el propósito de su explotación sexual o laboral o sometimiento a esclavitud o práctica análoga, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión y multa de seis a doce meses. 2. La pena de prisión será de dos a cuatro años y la multa de doce a veinticuatro meses si, en la realización de las conductas descritas en el apartado anterior, se hubiese puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de la persona o la víctima fuera menor de edad o incapaz. 3. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de ocho a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable sea miembro de una organización o asociación o trabaje para ella, que se dedique, aun con carácter transitorio, a la realización de tales actividades. Si el autor tiene poder de decisión en el ámbito de la organización o asociación, la pena se aplicará en su mitad superior".

23. Especialmente significativa al respecto es la SAP Cádiz de 16 de junio de 2003 (JUR 2003/211810), en que se condena por el delito previsto en el art. 318 bis CP a quien se limita a trasladar en su vehículo a un ciudadano marroquí, siendo sorprendido en Tari-

fico”, no han faltado esfuerzos doctrinales para limitar, ya de *lege lata* en relación con la regulación vigente hasta fechas recientes, el ámbito del vocablo, aun cuando la mayoría de autores han considerado, en muchos casos a su pesar, que la conducta típica correspondiente al tipo básico se identifica con el traslado ilegal²⁴. Al respecto, propuse una interpretación del término “tráfico” que, sin contar con las posibles acepciones que para el mismo proponía el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, limitara su amplitud sobre la base de una orientación teleológica en la interpretación, de forma que si el objeto de tutela del delito venía constituido por la dignidad de los trasladados, únicamente el transporte de personas cual si fueren cosas, su trato como mercancía, sin necesidad de llegar a la aplicación de

vejeciones sobre los traficados por la configuración del tipo básico, pero sí al menos en condiciones que supusieran el aprovechamiento de la situación de necesidad intrínseca en la que se hallan los nacionales de países subdesarrollados, podía ser típico²⁵. En algún otro caso, la propuesta restrictiva ha pasado por entender que es necesaria la concurrencia de una finalidad económica —*sic*— junto a la introducción de inmigrantes en España²⁶.

Sin embargo, las dificultades interpretativas relativas al término “tráfico” no han sido las únicas cuestiones que han generado desencuentro entre quienes han analizado el precepto. También en relación con el tipo básico del delito se ha cuestionado si los sujetos pasivos deben ser extranjeros o no²⁷, y, colocados en la primera de las posibilida-

fa, yendo dirección Algeciras, sin que conste que hubiera intervenido en la entrada ilegal de éste en nuestro país —aun cuando por indicios la resolución deduce que conocía del carácter ilegal de la misma—, o que tuviera relación alguna con quien introdujo al inmigrante en territorio español —pues aunque la sentencia afirma dicha posibilidad también sobre la base de supuestos indicios, no hace referencia concreta a ninguno de ellos, ni expone el juicio de inferencia que la conduce a tal conclusión— y sin que en modo alguno conste que se realizara el traslado en condición desfavorable de ningún tipo; esto es, se subsume en el delito de tráfico de personas el mero traslado interno de inmigrante ilegal sin más. Un supuesto de hecho semejante, con idéntico fallo, contiene la SAP Cádiz de 13 de enero de 2003 (JUR 2003/21408). Más restrictiva es la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Málaga, pues además de afirmar en sentencia de 13 de marzo de 2001 (ARP 2001/690) que el delito previsto en el art. 318 bis CP debe interpretarse en sentido restrictivo, en sentencia de 26 de junio de 2002 (JUR 2002/251800) absuelve de este delito al acusado, quien fue sorprendido en la estación marítima de Melilla junto a su novia, a quien se disponía a transportar a la península, portado ésta un DNI falso, por lo que la resolución basó la absolución en la ausencia de prueba acerca de que el acusado conociera la condición de ilegal de la muchacha.

24. Al respecto, por todos, SERRANO PIEDECASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en LAURENZO COPELLO (Coord.), *Inmigración y Derecho penal*, op. cit., pág. 334, quien considera intercambiables los términos “inmigración clandestina” y “tráfico ilegal”; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., pág. 63; DE LEÓN VILLALABA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., págs. 240 y ss., en que clarifica que el tipo básico del art. 318 bis CP se corresponde con una conducta de inmigración ilegal; PALOMO DEL ARCO, *Criminología organizada y la inmigración ilegal*, op. cit., pág. 173, en que identifica tráfico con movimiento o tránsito de personas; RODRÍGUEZ MONTANÉS, *Ley de extranjería y Derecho penal*, op. cit., pág. 2; GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del Código penal)*, op. cit., pág. 739, a quienes la previsión de diversos tipos cualificados en el art. 318 bis CP no les deja otra opción, a pesar de sostener que, de *lege ferenda*, debe diferenciarse el concepto de tráfico del de inmigración, en función de quién tenga el dominio del hecho sobre el traslado.

25. Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, op. cit., págs. 1521 y 1522, en que renunció a la interpretación del término conforme a las dos posibles acepciones que del mismo se facilitan en el diccionario de la Real Academia, esto es, el comercio o negocio con el dinero y las mercancías o el movimiento de personas por cualquier medio de transporte, en relación con la primera, por la previsión del tipo cualificado de tráfico con ánimo de lucro en el mismo art. 318 bis.2 CP, y respecto de la segunda, porque conduciría a una ampliación desmesurada de la conducta típica que reduciría el contenido del delito a la pura formalidad.

26. En este sentido, GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, “El nuevo delito de tráfico ilegal de personas”, en LAURENZO COPELLO (Coord.), *Inmigración y Derecho penal*, op. cit., pág. 293, quien incluye esta posibilidad de interpretación limitadora del término “tráfico” al hilo del comentario al tipo cualificado del art. 318 bis.2 CP, y la completa aclarando que hubiera sido más sencillo incluir el ánimo de lucro en el tipo básico.

27. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, op. cit., pág. 1523, en que me planteaba tal cuestión al hilo de la referencia a “personas” del tipo delictivo, aun concluyendo que debía tratarse de extranjeros tanto por la rúbrica del título como por la descripción de la conducta típica. En semejantes términos, DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico ilegal de personas e inmigración ilegal*, op. cit., pág. 253, aunque sobre la base de la tramitación parlamentaria del precepto; MORILLAS CUEVA, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Compendio de DP español (PE)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 579. En distinto sentido, RODRÍGUEZ MONTANÉS, *Ley de Extranjería y Derecho penal*, op. cit., págs. 2 y 3, que considera posibles sujetos activos tanto a extranjeros como a españoles que puedan ser trasladados hacia terceros países; de la misma opinión, MUÑOZ CONDE, *DP.PE*, 14.^ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 343.

des, si su ámbito aplicativo se limita únicamente a los extranjeros extracomunitarios o incluye también a los comunitarios²⁸. Tampoco ha resultado bien acogida por la doctrina la indeterminación de la conducta típica, además de por el recurso al vocablo "tráfico", por el uso de expresiones como "promover, favorecer o facilitar" el referido tráfico, que vienen a delimitar un haz de comportamientos delictivos ciertamente amplio, que conduce a la confusión de aportaciones de autor con aportaciones de partícipe, es decir, a la adopción de un concepto unitario de autor, de la misma forma que puede suponer la equiparación a la efectiva consumación de conductas que puede constituir materialmente formas de imperfecta ejecución²⁹, entre otras cuestiones. Es quizá en la referida indeterminación del comportamiento típico ya en el tipo básico, favorecida por un afán pancriminalizador de comportamientos en este

ámbito de la criminalidad, donde deba buscarse la causa de la errática aplicación jurisprudencial del precepto a pesar de su corta vigencia. Así, según resoluciones de diversos órganos jurisdiccionales, en unos casos comportamientos que consisten en el mero transporte de extranjeros dentro de las fronteras de nuestro país son típicas a pesar de no constatarse relación alguna de éstos con quienes los introdujeron en España, mientras en otros casos se exige dicha relación para la afirmar la tipicidad de la conducta³⁰.

Las cuestiones dudosas relativas al art. 318 bis CP en su primigenia redacción no terminan, sin embargo, en las relacionadas con el tipo básico. También en la configuración de los tipos cualificados se ha detectado alguna cuestión de dudoso acierto. Al margen de las consideraciones efectuadas por diversos autores en relación con que el comportamiento delictivo únicamente debería ga-

28. Consideran que sujetos pasivos del delito únicamente pueden serlo extranjeros no comunitarios, por ejemplo, RODRÍGUEZ ME-SA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., págs. 72 y 73, sobre la base de lo que establece el art. 8 del Tratado CEE sobre el derecho a la libre circulación, y admite que incluso no podrán ser sujetos activos del delito los extranjeros provistos de documentación necesaria que les autorice a la estancia o residencia legal en España, aun cuando su entrada se produzca de forma ilegal; GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, *Delitos contra los derechos de los extranjeros (art. 318 bis del Código penal)*, op. cit., pág. 737; SAP Las Palmas de 23 de enero de 2003 (JUR 2003/111517). En distinto sentido, SERRANO PIEDECASAS, "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en LAURENZO COPELLO (Coord.), *Inmigración y Derecho penal*, op. cit., pág. 335.

29. De esta opinión, *vid.*, entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, op. cit., págs. 1522 y 1523; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., págs. 256 y ss. En distinto sentido, admitiendo la posibilidad de diferenciar comportamientos de autoría y participación en este precepto, SERRANO PIEDECASAS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., pág. 390.

30. El TS ha condenado por el delito previsto en el art. 318 bis CP a personas que realizan conductas de tráfico con inmigrantes ilegales dentro de las fronteras de nuestro país, sin que conste que los condenados hubiesen tenido relación con quienes los han introducido ilegalmente en España. En este sentido, *vid.* STS 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6505), que confirma la sentencia condenatoria por este delito emitido por la Audiencia Provincial de Cádiz de 18 de septiembre de 2002 (JUR 2002/29388) en el caso de unos ciudadanos españoles que obligan a unos nacionales marroquíes sin permiso de residencia a permanecer en el piso de uno de ellos encerrados y bajo vigilancia durante un día, a quienes incomprensiblemente se los absuelve del delito de detención ilegal en la Audiencia, a pesar de concurrir acusación, por considerar que la privación de libertad se había producido con finalidad de traficar, con lo que el delito de tráfico resultaba de preferente aplicación. Por contra, la STS 14 de mayo de 2003 (RJ 2003/4013) absuelve del delito de inmigración clandestina del art. 313 CP, casando la correspondiente sentencia de la Audiencia Provincial, en un supuesto no muy distinto al anterior, en que no se había acusado por el delito de tráfico ilegal, al entender que la conducta del autor en aquel delito debe comenzar antes de la entrada en territorio español del inmigrante ilegal. Ello aun cuando en otras resoluciones había afirmado que para la aplicación del art. 313.1 CP era indiferente dónde había comenzado el viaje, si en Ceuta o Melilla o en otro punto del continente africano (Cfr. STS 3 febrero de 1998); *vid.* Comentario crítico a esta última jurisprudencia efectuado por NAVARRO CARDOSO/DEL RÍO MONTESEDOCA, "Delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores del art. 313.1 del Código penal de 1995", en *La Ley*, 1998-6, págs. 2352 y ss.; de acuerdo con esta interpretación del Tribunal Supremo, RODRÍGUEZ MESA, "Las migraciones laborales desde la óptica del Derecho penal", en *Revista de Derecho Social*, n.º 15, 2001, pág. 103. También en relación con el delito contenido en el art. 313.1 CP, se ha admitido la migración "en tránsito", al respecto *vid.* TERRADILLOS BASOCO, "Migraciones ilegales", en *Revista de Derecho Social*, n.º 4, 1998, págs. 191 y ss., en que comenta resoluciones de la Audiencia Provincial de Girona, una de las pioneras en la emisión de la referida doctrina.

Volviendo al delito de tráfico ilícito de personas, sostienen una interpretación del tipo semejante al TS, en el sentido de considerar que la conducta de tráfico puede cometerse con intervenciones producidas cuando la entrada ilegal en territorio español ya se ha producido la SAP Cádiz de 13 de enero de 2003 (JUR 2003/21408) o la SAP Málaga de 8 de octubre de 2003 (JUR 2003/28793), entre otras. Por contra, exigen para la aplicación del art. 318 bis CP que la intervención se produzca antes de la entrada ilegal en España la SAP Almería de 18 de abril de 2003 (ARP 2003/500), así como la SAP Almería de 15 de enero de 2002 (ARP 2002/162).

nar relevancia dada la concurrencia de alguno de los supuestos configuradores de algún tipo cualificado³¹, se ha criticado la mala técnica en la determinación de los diversos niveles agravatorios, puesto que por la configuración de algunos de ellos no se permite que cualificaciones que deberían poder aplicarse cumulativamente lo sean efectivamente, además de colocar en el mismo nivel de gravedad circunstancias cualificantes que merecerían un tratamiento diverso³². A estas consideraciones pueden añadirse otras, como el desacierto que supone, al decir de algunos, la inclusión del engaño como elemento que cualifica, junto a otros medios comisivos, el tráfico de personas según el núm. 2 del art. 318 bis CP³³, o la no inclusión de los incapaces junto a los menores de edad si de lo que se trata en el núm. 3 del referido precepto es de punir más gravemente el tráfico que afecta a sujetos específicamente desvalidos³⁴.

También en la excesiva amplitud de la conducta típica, esencialmente en el tipo básico, si se la relaciona con la configuración de las infracciones administrativas contenidas en la LO 4/2000, de 11

de enero, incluso con las modificaciones introducidas por la LO 8/2000, debe buscarse la tortuosa relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador en este ámbito de la criminalidad. La quiebra que ello puede suponer de los principios de fragmentariedad, de última ratio y de mínima intervención, que deben informar el Derecho penal, ha sido aludida por los autores que han analizado este delito sobre la base de que la conducta con relevancia penal tiene mayor amplitud que las que integran infracciones administrativas, puesto que la conducta constitutiva de un supuesto de infracción administrativa que más se asemeja a la propia del delito, la contenida en el art. 54.1 b) LO 4/2000, exigía pertenencia a una organización y ánimo de lucro, sin incluir desplazamientos desde territorio español hacia el extranjero³⁵. Mayor amplitud del tipo penal en relación con la correspondiente infracción administrativa que puede predicarse igualmente tras la modificación del precepto referido de la LO 4/2000 por LO 14/2003, de 20 de noviembre, pues la inducción, promoción, el favorecimiento o la facilitación de la inmigración

31. Cfr., por todos, SERRANO PIEDECASAS, "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en LAURENZO COPELLO (Coord.), *Inmigración y Derecho penal*, op. cit., pág. 336.

32. Así ocurre, por ejemplo, con el segundo nivel agravatorio, el previsto en el núm. 3 del art. 318 bis CP, en virtud del cual se establece la aplicación de las penas correspondientes a los núms. 1 y 2 del precepto en su mitad superior según dos diversas consideraciones, cuando el traslado se produce poniendo en peligro otros bienes jurídicos propios de los trasladados —cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas— o cuando la víctima sea menor de edad. Se trata de agravaciones por distintas causas, cuando cada una de ellas por separado permite justificar una específica agravación por suponer un incremento de injusto específico, posibilidad que impide el art. 318 bis CP por haberlas incluido ambas en un mismo nivel agravatorio. Al respecto, *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., pág. 1525, en que criticaba la técnica punitiva del tipo cualificado en relación con aquellos que agravaba, pues en su virtud podríamos encontrarnos con que el transporte de mayores de edad realizado en circunstancias de puesta en peligro grave o elevado de la vida podía tener pena inferior —de hasta tres años de prisión— al realizado con víctima menor de edad, que anduviera cerca de los dieciocho años, cuando se realizara con ánimo de lucro o concurriendo engaño —resultaba imponible pena de hasta cuatro años de prisión—. Apunta también esta cuestión, PALOMO DEL ARCO, *Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*, op. cit., pág. 185.

33. De esta opinión, SERRANO PIEDECASAS, "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en LAURENZO COPELLO (Coord.), *Inmigración y Derecho penal*, op. cit., pág. 339.

34. En este sentido, GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, *Delitos contra los derechos de los extranjeros (art. 318 bis del Código penal)*, op. cit., pág. 747; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., pág. 270.

35. Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, op. cit., págs. 1518 y ss., en que propone una solución interpretativa de *lege lata* sobre la base de exigir una afección a la dignidad en la forma de producirse el traslado en el tipo penal, aun a riesgo de originar algún vacío infractor; SERRANO PIEDECASAS, "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en LAURENZO COPELLO (Coord.), *Inmigración y Derecho penal*, op. cit., págs. 332-334; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., págs. 39 y ss., quien exige, para apreciar el delito, que la conducta suponga, al menos, un peligro para los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos extranjeros; RODRÍGUEZ MESA, *Las migraciones laborales desde la óptica del Derecho penal*, op. cit., págs. 89 y ss.; GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, *Delitos contra los derechos de los extranjeros (art. 318 bis del Código penal)*, op. cit., págs. 730 y ss., quienes, únicamente de *lege ferenda* proponen distinguir el ámbito aplicativo del delito, en que es necesario el tráfico, considerado como el traslado de extranjeros como mercancía, mientras que debería aplicarse la infracción administrativa a los supuestos de inmigración clandestina, aquellos en que los propios inmigrantes ilegales asumen su traslado; NAVARRO CARDOSO, *Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., págs. 52-54, según quien la relación entre el Derecho penal y el administrativo sancionador en este ámbito representa una auténtica quiebra del Estado de Derecho, puesto que tiene mayor cantidad de injusto la infracción administrativa que el tipo básico del delito; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., págs. 404 y ss.; PALOMO DEL ARCO, *Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*, op. cit., pág. 178.

clandestina constitutivo de infracción administrativa debe efectuarse siempre con ánimo de lucro, se haga individualmente o formando parte de una organización.

Finalmente, la ausencia de una regulación global de comportamientos relacionados con el tráfico de personas, esto es, la dispersión regulativa de conductas que pueden incidir en mayor o menor medida en ese fenómeno criminal, ha generado problemas de encaje sistemático —así como la necesidad de proponer soluciones a las consiguientes cuestiones concursales— planteados en la relación entre el delito previsto en el art. 318 bis CP y otros preceptos del Código penal, algunos de los cuales contenían delitos tradicionales en nuestro ordenamiento jurídico, mientras en otros casos habían sido introducidos en sucesivas modificaciones del CP de 1995. Así, al margen de las posibles cuestiones concursales planteadas entre el art. 318 bis CP y otros preceptos del texto punitivo³⁶, se ha visto especialmente la necesidad de deslindar los campos aplicativos del delito contenido en el referido precepto en relación con el delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España —art. 313.1 CP—, que coincide, aunque no sin modificaciones, con el tradicional delito de migraciones fraudulentas. Tampoco han estado al margen de la polémica el delito contenido en el art. 188.2 CP, el tráfico de personas con la finalidad de explotación sexual, que fue introducido en el Código Penal por la 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II, o el su-

puesto específico de asociaciones ilícitas previsto en el art. 515.6.º CP, introducido por obra de la propia LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

La voluntad de armonizar criterios en el tratamiento de dichas cuestiones ha constituido la razón esencialmente tratada en materia penal por parte de la Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) relativa a aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería. Sin embargo, tampoco las diversas aportaciones doctrinales han descuidado dicha cuestión. Así, en primer lugar, en la relación entre el delito de tráfico de personas y el de inmigración clandestina previsto en el art. 313.1 CP, si bien la mayoría de la doctrina ha reconocido la parcial coincidencia de comportamientos típicos en uno y otro ilícito, sobre todo si se identifica el tipo básico del 318 bis CP con el traslado ilícito de extranjeros sin más, se ha defendido la preferencia en la aplicación del delito contra los derechos de los trabajadores cuando los sujetos pasivos del delito son personas que tienen dicha condición —entendido el concepto de trabajador en sentido amplio— o son introducidas en nuestro país con finalidad de explotarlas laboralmente o con conocimiento de que ése es su destino, aun cuando no siempre se renuncia a la posibilidad de acudir a un concurso de delitos, si bien las soluciones propuestas no son absolutamente coincidentes³⁷.

36. No se hallan exentas de tratamiento las cuestiones relativas a la relación mediante entre el delito de tráfico de personas con el de trato inhumano o degradante del art. 173 CP, o con el delito de tráfico de mano de obra del art. 312.1 CP, así como con la conducta prevista en el art. 312.2 CP, relativa al empleo de súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos en disposiciones legales, convenidos colectivos o contrato individual, o finalmente con la determinación o el favorecimiento de la emigración de alguna persona a otro país prevista en el art. 313.2 CP.

37. *Vid.*, en este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, op. cit., pág. 1524, en que ponía el acento en la consideración del delito previsto en el art. 313.1 CP como supuesto específico de tráfico con finalidad de explotación laboral, lo que explicaría su penalidad agravada; SERRANO PIEDECASAS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., págs. 392 y ss., en que sostiene que el 313.1 CP es siempre especial en relación con el 318 bis CP por la cualidad de trabajador del sujeto pasivo; de semejante opinión, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., pág. 92, aunque sostiene la posibilidad de concurso de delitos cuando entre los sujetos transportados haya trabajadores y no trabajadores. En sentido parcialmente distinto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ley de extranjería y derecho penal*, op. cit., págs. 3 y 4, quien sostiene que el delito previsto en el art. 313.1 es especial en relación con el previsto en el 318 bis. 1 y 2 CP por la condición del sujeto pasivo, aunque admite la posibilidad de ir al concurso ideal de delitos entre ambos preceptos en los demás casos, por entender que no concurre la referida relación de especialidad; en semejantes términos, DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico ilegal de personas e inmigración ilegal*, op. cit., págs. 308 y ss. o PALOMO DEL ARCO, *Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*, op. cit., págs. 187-188. Tampoco absolutamente coincidente con la última de las opiniones referidas es la de NAVARRO CARDOSO, *Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., págs. 50 y ss., quien considera que la diferencia entre uno y otro delito se centra en la finalidad del acto de tráfico, siendo el previsto en el art. 313.1 siempre especial, salvo que concurren las circunstancias previstas en el art. 318 bis.3 CP, único supuesto en que admite el concurso de delitos. La circular de la FGE 1/2002, por su parte, defiende la especialidad del art. 313.1 CP en relación con el art. 318 bis CP sobre la base de la condición de

En segundo lugar, en la relación entre el delito de tráfico de personas con finalidad de explotarlas sexualmente y el delito de tráfico genérico contenido en el art. 318 bis CP, aun sin desconocer el posible privilegio en el tratamiento punitivo del tráfico de personas con finalidad de explotarlas sexualmente en relación con el tráfico genérico³⁸, se ha acostumbrado a defender la prevalencia en la aplicación del art. 188.2 CP por mor de los dictados del principio de especialidad, aunque sin renunciar a la posibilidad de acudir al concurso de delitos en ciertos supuestos³⁹. Finalmente, en el solapamiento de conductas observado entre el supuesto de asociación ilícita introducido en el art. 515.6.^a por obra de la Ley Orgánica 4/2000 y el tipo cualificado de tráfico de personas contenido en el art. 318 bis.5 CP se ha defendido la aplicación preferente de este último sobre la base de los postulados del principio de alternatividad, al inculpar el mismo supuesto de hecho⁴⁰.

III. Modificaciones introducidas por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en el art. 318 bis CP

El contenido del art. 318 bis CP, como ya se indicó, se ha visto modificado por obra de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica, e Integración Social de los Extranjeros. Según reza el apartado IV de la Exposición de motivos que precede a la mencionada reforma, en materia de extranjería se afirma la suficiencia de la protección que nuestro ordenamiento jurídico concede a los extranjeros que residen legalmente en el territorio de nuestro país. Sin embargo, se reconoce la necesidad de acometer reformas en este ámbito desde tres diversas perspectivas. La primera, relacionada con la respuesta penal frente a extranjeros no residentes legales que delinquen, en que se incorpora la modificación del régimen de sustitución de la pena privativa de libertad por la de expulsión del territorio nacional, hasta el punto de lle-

trabajador del sujeto pasivo, admitiendo el concurso de este delito con el de asociaciones ilícitas cuando el sujeto pasivo pertenezca a una organización. Finalmente, GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, *Delitos contra los derechos de los extranjeros...*, op. cit., pág. 748, aplican el art. 313 CP con preferencia sobre la base del principio de alternatividad —*sic*—, con la única excepción de que el sujeto pasivo pertenezca a una organización o asociación, en que adoptan la misma solución que la Circular de la FGE.

38. En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., págs. 1517-1518; GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, *Delitos contra los derechos de los extranjeros...*, op. cit., pág. 749, en relación con la ausencia de previsión en el art. 188.2 de un tipo cualificado equivalente al previsto en el 318 bis.3 CP, e incluso de una agravación por pertenencia a organización del sujeto activo, en cuyo caso defienden la concurrencia del delito contenido en el art. 188.2 CP con el de asociación ilícita. Esta solución concursal había sido ya defendida por MAQUEDA ABREU, *El tráfico de personas con fines de explotación sexual*, op. cit., pág. 351.

39. De esta opinión, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ley de extranjería y derecho penal*, op. cit., pág. 4, quien defiende esta solución, salvo que el sujeto activo pertenezca a una organización dedicada a aquellas finalidades, en cuyo caso acaba defendiendo el concurso entre el art. 188.2 y el 318 bis. 5 CP —*sic*— para evitar el privilegio que representaría acudir al concurso de los delitos contenidos en los arts. 188.2 y 515.6.^o CP; de semejante opinión, PALOMO DEL ARCO, *Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*, op. cit., pág. 189 o DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., pág. 383; NAVARRO CARDOSO, *Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., pág. 51, defiende la solución del concurso de delitos en los supuestos de puesta en peligro de la vida o la salud de los traficados, aunque no indica cuál debe ser la solución cuando el sujeto activo pertenece a una organización, indicando asimismo la aplicación preferente del art. 318 bis.2 CP en la solución del concurso de normas cuando el tráfico acontece con ánimo de lucro. La Circular FGE núm. 1/2002, por su parte, sostiene siempre la aplicación preferente del art. 188.2 CP en relación con el art. 318 bis CP, aun cuando no entra a valorar los problemas que dicha propuesta plantea en determinados tipos cualificados de los contenidos en este precepto. Una opinión discordante a la mayoritaria sostiene HIGUERA GUIMERA, *Tráfico ilícito de personas*, op. cit., págs. 559-560, quien defiende siempre la posibilidad del concurso de delitos (*sic*), sobre la base de la diversidad de bienes jurídicos protegidos en uno y otro delito.

40. De esta opinión, claramente, NAVARRO CARDOSO, *Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., pág. 52; de forma algo más matizada en cuanto a la solución del concurso de normas sobre la base exclusiva del principio de alternatividad, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ley de extranjería y derecho penal*, op. cit., pág. 4; en el mismo sentido que esta última, DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., págs. 274-275 o la Circular de la FGE núm. 1/2002; sostienen la aplicación preferente del art. 318 bis.5 CP al considerar que absorbe el desvalor inherente al delito previsto en el art. 515.6.^o CP, SERRANO PIEDECASAS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., pág. 398; PALOMO DEL ARCO, *Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*, op. cit., pág. 201.

gar a invertir el principio general de excepcionalidad de la sustitución, hasta ahora vigente, por el de obligatoriedad de la misma, siempre cuando la pena impuesta sea inferior a seis años, e incluso si es igual o superior a ese período, cuando se accede al tercer grado penitenciario, o cuando se han cumplido en España las tres cuartas partes de la condena⁴¹, previendo la aplicación de dicho régimen a las medidas de seguridad de cualquier clase que fueren aplicables a los sujetos mencionados⁴². El segundo flanco de reformas en este ámbito —al decir de la Exposición— es el referido a la respuesta penal frente “a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer delitos”; en este segundo aspecto se incardina la modificación de los arts. 318 y 318 bis CP, así como la supresión del núm. 2 del art. 188 CP, con la declarada finalidad de combatir el tráfico ilegal de personas, impositivo de la integración social de los extranjeros en el país de destino⁴³. Finalmente, en el tercero de los marcos en que interviene la reforma, para responder a la existencia de nuevas formas delictivas surgidas de prácticas contrarias a nuestro

ordenamiento jurídico, el legislador incluye la innecesaria tipificación específica de la mutilación genital como forma de lesión cualificada⁴⁴.

Por cuanto aquí interesa, en lo tocante a las modificaciones operadas en el art. 318 bis CP, incluidas en el segundo de los ámbitos antes referidos, la Exposición de motivos continúa justificando las modificaciones. Hace hincapié en la necesidad de luchar contra el tráfico ilegal de personas, reforzando sus razones en el esfuerzo desplegado por la Unión Europea en la lucha contra la trata de seres humanos. En este sentido, recuerda las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere acerca de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en este aspecto de la criminalidad, aludiendo a las recientes iniciativas del Consejo en punto al establecimiento de un marco penal común relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y contra la inmigración clandestina. Así, reconociendo que nuestra legislación interna ya había recogido este testigo, la concreta reforma se continúa explicando por el acometimiento de una tarea de consolidación y perfeccionamiento de la legislación existente, que la propia Exposición parece reconocer limitada al incre-

41. Según la anterior redacción del art. 89 CP se otorgaba al Juez la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a extranjero no residente legal, así como las iguales o superiores a esta duración únicamente cuando se hubiesen cumplido tres cuartas partes de la condena, siendo el período de expulsión de entre tres a diez años, y sin poder aplicar dicho régimen a los condenados por los delitos previstos en los arts. 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518, todos ellos relacionados con el tráfico ilegal de personas, según modificación introducida por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la LO 4/2000. Según la redacción dada al art. 89 por la LO 11/2003, el régimen de expulsión ha pasado de ser potestativo a preceptivo —aunque excepcionado en los delitos anteriormente referidos—, tanto en condenas inferiores a seis años de privación de libertad como en las que superan esa duración, en que, al cumplimiento en territorio español de las tres cuartas partes se ha añadido el acceso al tercer grado. En ambos supuestos el Juez debe acordar la aplicación de este régimen *sui generis* de sustitución, salvo que excepcionalmente y de forma motivada se aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario. Igualmente se incrementa el período de suspensión, que ahora no será inferior a los diez años, dejando entreverse claramente la *voluntas legis* en punto a deshacerse de los extranjeros ilegales que han delinquido cuando el quebranto de la expulsión conduce tras la reforma a la devolución gubernativa y al nuevo inicio del cómputo del plazo de expulsión, sin que antes se produjera este último efecto.

42. A salvo de un estudio en mayor profundidad, entre otras modificaciones, la anterior redacción del art. 108 CP refería la posibilidad de sustituir el cumplimiento de la medida por expulsión únicamente en relación a las medidas de seguridad privativas de libertad que fueren aplicables al extranjero ilegal. El nuevo tenor de este precepto refiere la sustitución por expulsión de las “medidas de seguridad que le sean aplicables”, sin aludir a su naturaleza privativa o no privativa de libertad.

43. Debe tenerse presente que la justificación de la modificación del art. 318 CP sobre la referida base no tiene excesivo sentido, pues este precepto contiene reglas específicas de atribución de la condición de autor aplicables a todos los delitos contra los derechos de los trabajadores —no únicamente los extranjeras— contenidos en el Título XV, Libro II CP, y la reforma se limita a introducir la posibilidad de decretar en estos supuestos la aplicación de una o algunas de las consecuencias accesorias contenidas en el art. 129 CP.

44. En concreto, se prevé la introducción de un segundo párrafo al art. 149 CP en el que se incrimina la mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones, junto a las lesiones consistentes en la causación de la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, de un sentido, la impotencia o la esterilidad, o una grave deformidad o una grave enfermedad somática o psíquica, que se castiga con la misma pena que éstas. Se prevé, además, la posibilidad de aplicar la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años cuando la víctima sea menor o incapaz, siempre que el Juez lo estime adecuado para el interés de ésta. Cabe apuntar que esta posibilidad agravatoria no se compadece bien con la finalidad que con ella se pretende conseguir, según manifiesta la exposición de motivos. En ésta se consigna que la inhabilitación se prevé porque acostumbran a ser los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes. Sin embargo, si lo que se pretendía era punir más la intervención de estos familiares directos en este tipo de con-

mento del marco punitivo, con lo que manifiesta cumplir con los objetivos de armonización de penas contenidos en la Decisión marco del Consejo de la Unión destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares.

Ciertamente, como ya se puso de manifiesto al exponer los antecedentes que precedieron la introducción del art. 318 bis en el texto punitivo, ha constituido un objetivo esencial de la Unión la armonización de las legislaciones de los Estados miembros, esencialmente en la trata de seres humanos y en la inmigración clandestina, como ámbitos de la criminalidad relacionados, pero de contenido diverso. Tanto es así que, más allá de los instrumentos de los que allí se dio cuenta, con carácter más reciente pueden destacarse dos importantes iniciativas del Consejo de la Unión referidas a estos aspectos, que son aquellas a las que alude la Exposición de motivos de la LO 11/2003. Se trata de la Decisión marco del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI) 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 de irregulares (2002/946/JAI).

La primera de estas iniciativas, la relativa a la trata de seres humanos, establece en su art. 1.1 que cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de una serie de actos, que se corresponden con los que se entienden incluidos en el concepto de "trata". En concreto, dichos comportamientos son "la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso de control sobre ella cuando: a) se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, o b) se recurra al engaño o fraude, o c) haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse a abuso, o d) se concedan o se

reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía". El mismo precepto declara que el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos a la explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta de concurrir los medios comisivos antes referidos y que, cuando se trate de niños, que la propia decisión identifica con los menores de edad, la conducta debe ostentar la consideración de delito aun cuando no se recurra a los medios antes referidos. Además de la punición de comportamientos que propiamente integran la trata, el art. 2 de la Decisión marco establece que cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de la inducción, la complicidad o la tentativa en la comisión de las infracciones antes mencionadas.

Por cuanto se refiere a las sanciones correspondientes a las conductas contempladas en los arts. 1 y 2 de la Decisión marco, el art. 3 de la misma, además de recordar a cada Estado miembro el deber de adoptar las medidas para garantizar la punibilidad de las infracciones antes referidas con sanciones penales "efectivas, proporcionadas y disuasorias", usando vocablos empleados por el precepto, que puedan ser causa de extradición, establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las infracciones descritas en el art. 1 —la "trata" de seres humanos de autor consumada— sean sancionadas con penas privativas de libertad no inferiores a ocho años cuando se cometan poniendo en peligro la vida de la víctima, cuando se cometan contra víctima especialmente vulnerable, cuando se haya empleado violencia o se haya causado a la víctima daños particularmente graves, o cuando se cometan en el marco de una organización delictiva⁴⁵. Final-

ductas, la mejor opción hubiese sido la introducción de un tipo cualificado para cuando intervinieran como autores o partícipes quienes ostenten la condición de padres, tutores o guardadores del menor o incapaz, a imagen del contenido en el art. 192 CP para los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. La opción que aquí ha utilizado el legislador es incorrecta porque la pena de inhabilitación, en tanto la cualificación aparece configurada como delito común, se aplica en primer lugar al autor del delito, que puede no tener relación alguna con la víctima, mientras que los padres o guardadores legales pueden ser partícipes, a los que se aplicará la pena, en principio, sólo en aquellos casos en que se haya aplicado al autor, ante la posibilidad de infringir el límite negativo de la accesoria si se impone ésta a los partícipes sin ser previamente impuesta al autor. Únicamente una interpretación del precepto que ponga el acento en el carácter facultativo para el Juez del acuerdo sobre la imposición de la pena en función del interés del menor o incapaz, por encima de su consideración como tipo cualificado, puede evitar este perjudicial efecto.

45. En concreto, el art. 3.2 de la Decisión marco establece "2. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar la punibilidad de las infracciones indicadas en el art. 1 con penas privativas de libertad no inferiores a ocho años cuando se co-

mente, el art. 4 de la referida Decisión marco prevé la necesidad de que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para hacer responder a las personas jurídicas en cuyo provecho haya cometido la infracción una persona física, que ostente un cargo directivo en el seno de la persona jurídica, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, o bien un dependiente del directivo, siempre y cuando haya podido realizar la conducta por ausencia de vigilancia o control por parte de éste, garantizándose la necesidad de reconocer dicha responsabilidad tanto cuando la conducta es la propia del autor y consumada, como cuando estamos ante un supuesto de tentativa o de participación⁴⁶ —los contemplados en el art. 2 de la Decisión marco—.

La segunda de las iniciativas adoptadas por el Consejo, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares, se articula a través de una segunda Decisión marco, algo posterior a la anteriormente referida, pero también emitida el año 2002, en concreto, el día 28 de noviembre. No obstante, a diferencia de la anterior iniciativa, en que la propia Decisión definía las conductas y establecía los mínimos necesarios para la armonización de las sanciones en los distintos Estados miembros, en el ámbito de la inmigración clandestina la iniciativa se articula a través de dos instrumentos complementarios. Éstos son la propia Decisión marco 2002/946/JAI, en que se establecen los mínimos de las sanciones correspondientes a determinadas conductas relacio-

nadas con la inmigración clandestina, y la Directiva 2002/90/CE del Consejo, del mismo día 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares, cuyo considerando 4 reconoce que tiene por objeto definir la ayuda a la inmigración clandestina, permitiendo con ello una mejor eficacia de la Decisión marco 2002/946/JAI.

Según lo establecido en el art. 1 de la Directiva 2002/90/CE, rubricado “tipificación general”, entran dentro del concepto de ayuda a la inmigración clandestina y, por tanto, los Estados miembros deben adoptar sanciones adecuadas, tanto la ayuda intencionada a la entrada o tránsito a través del territorio de un Estado de la Unión por parte de quien no sea nacional de un Estado miembro, con vulneración de la legislación del Estado de que se trate sobre la entrada o tránsito de extranjeros —ello sin perjuicio de que los Estados miembros pueden decidir no punir tales conductas cuando el objetivo sea prestar ayuda humanitaria al inmigrante—, como la ayuda intencionada a la permanencia en el territorio de un Estado de la Unión por parte de quien no es nacional de la Unión, con vulneración de la legislación del Estado de que se trate sobre la estancia de extranjeros, siempre que concurra en este último caso ánimo de lucro⁴⁷. A éstas se añade la necesaria previsión de sanciones a conductas propias del instigador o cómplice, así como para la tentativa⁴⁸.

La concreción del mandato contenido en el art. 3 de la Directiva 2002/90/CE a los Estados miembros para que velen por que las infracciones antes referi-

metan en cualesquiera de las siguientes circunstancias: a) que se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima; b) que se cometan contra una víctima que sea particularmente vulnerable. Se considerará que una víctima es particularmente vulnerable al menos cuando la víctima esté por debajo de la edad de mayoría sexual según la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o a ejercer otra forma de explotación sexual, incluida la pornografía; c) que se cometan mediante violencia grave o hayan causado a la víctima daños particularmente graves; d) que se cometan en el marco de una organización delictiva como se define en la Acción común 98/733/JAI con independencia del nivel de la pena que en la misma se contempla”.

46. En concreto, el art. 5 (sanciones contra las personas jurídicas) es del siguiente tenor “Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que la persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el art. 4 sea punible con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo que podrán incluir otras sanciones, tales como: a) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, o b) prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, o c) sometimiento a vigilancia judicial, o d) medida judicial de liquidación, o e) cierre temporal o definitivo de establecimientos utilizados en la comisión de la infracción”.

47. En virtud del art. 1 Directiva 2002/90/CE “1. Los Estados miembros adoptarán sanciones adecuadas: a) contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros; b) contra cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo del lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros. 2. Los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esa conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”.

48. En concreto, el art. 2 Directiva 2002/90/CE establece “Incitación, participación y tentativa. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que las sanciones contempladas en el art. 1 se impongan, asimismo, a cualquier persona que: a)

das estén sometidas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, se concreta en la Decisión Marco 2002/946/JAI, enderezada al establecimiento de las normas mínimas para las sanciones, la responsabilidad de las personas jurídicas y la competencia en comportamientos incardinables dentro del concepto de inmigración ilegal. Al respecto, más allá del recordatorio, contenido en el art. 1 de la Decisión, en relación con que las sanciones imponibles deben poder ostentar los calificativos contenidos en la Directiva, y que puedan dar lugar a extradición, así como de la posibilidad de imponer medidas como el decomiso del medio de transporte usado, la prohibición de ejercer la actividad profesional en cuyo ejercicio se cometió la infracción, o la expulsión, únicamente se impone un máximo no rebajable cuando se trate de la ayuda o, en su caso, de la instigación a la ayuda, a la entrada o tránsito en el territorio de un Estado miembro o a través del territorio de éste por parte de un no nacional de la Unión, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada y tránsito de extranjeros, siempre que el comportamiento se realice con ánimo de lucro cuando, además la infracción se haya cometido como parte de las actividades de una organización delictiva o cuando se haya efectuado poniendo en peligro la vida de las personas que son objeto de la infracción. Únicamente para tales supuestos se prevé que el máximo de duración de la pena privativa de libertad no puede ser inferior a ocho años, lo que significa que no se prevé mandato alguno en punto a la naturaleza de la sanción o a la magnitud de la misma —más allá de que pueda dar lugar a extradición— cuando se trate de la ayuda a la permanencia del inmigrante ilegal con ánimo de lucro, o cuando se trate de la ayuda a la entrada o tránsito no producida

en aquellas circunstancias, y más allá de la conducta del autor de la infracción consumada, y en su caso de la del inductor, ni siquiera en relación con las conductas contempladas en el art. 1 de la Decisión se impone condición alguna a la penalidad propia de la complicidad o de la tentativa. Finalmente, incluso en los supuestos en relación con los cuales se prevé un contenido determinado de penalidad, el propio art. 1.4 de la Decisión marco prevé la posibilidad de que el máximo de la pena privativa de libertad imponible se rebaje hasta los seis años, siempre que ello sea indispensable para salvar la coherencia del régimen sancionador nacional, quizá a conciencia de la gravedad excesiva de la pena máxima propuesta para armonización⁴⁹. En cuanto al régimen de responsabilidad previsto para las personas jurídicas, ni los supuestos que dan lugar al surgimiento de la responsabilidad, contenidos en el art. 2 de la Decisión marco 2002/946/JAI, ni las sanciones imponibles, previstas en el art. 3, difieren en exceso de las contempladas en la Decisión marco 2002/629/JAI⁵⁰.

Las iniciativas antes mencionadas no son las únicas adoptadas en los últimos tiempos por la Unión en el ámbito de la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. También en el pasado bienio han existido otras iniciativas de diversas instituciones de la Unión enderezadas a luchar contra este doble campo de manifestación de la criminalidad. Así, fruto de las conclusiones del Consejo Europeo de Laeken, celebrado los días 14 y 5 de diciembre de 2001, que reafirmó el compromiso alcanzado en el de Tampere en punto al logro de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, considerando que ello pasa por el establecimiento de una política común de asilo e inmigración, se elabora una propuesta de plan de acción global para la lucha contra

sea instigadora de alguna de las infracciones mencionadas en las letras a) o b) del apartado 1 del art. 1, o b) sea cómplice en alguna de esas infracciones, o c) intente cometer alguna de esas infracciones”.

49. En concreto, en lo que aquí interesa destacar del contenido del art. 1 (Sanciones) de la Decisión marco 2002/946/JAI, los apartados 3 y 4 del precepto establecen “3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las infracciones definidas en la letra a) del apartado 1 del art. 1 y, en la medida correspondiente, en la letra a) del art. 2 de la Directiva 2002/90/CE que hayan sido cometidas con ánimo de lucro, sean punibles con penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años, cuando hayan sido cometidas en alguna de las circunstancias siguientes: — infracción cometida como parte de las actividades de una organización delictiva con arreglo a lo definido en la Acción común 98/733/JAI, — infracción cometida poniendo en peligro la vida de las personas que son objeto de la infracción. 4. Si ello es indispensable para salvar la coherencia del régimen sancionador nacional, los actos definidos en el apartado 3 serán punibles con penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a seis años, siempre que estas penas sean de las penas máximas más severas para delitos de gravedad comparable”.

50. En concreto, el art. 3 prevé que la responsabilidad de la persona jurídica surge tanto cuando la conducta la realiza una persona física, directivo de la persona jurídica, actuando a título particular o como parte de un órgano de representación de la persona jurídica, siempre que la efectúe en provecho de la persona jurídica, como cuando la conducta infractora la realiza una persona sometida a la autoridad de quien ostente un cargo directivo concurriendo falta de vigilancia o control por parte de éste. A renglón seguido, el art. 4 prevé la posibilidad de imponer a las personas jurídicas sanciones como multas, exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, sometimiento a vigilancia judicial o medida judicial de liquidación cuando el comportamiento típico lo haya realizado un directivo en provecho de la persona jurídica.

la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea, que aparece publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 6 de junio de 2002⁵¹. En este orden de consideraciones, posteriormente, y en relación exclusiva con la trata de seres humanos, en las Conclusiones del Consejo de 8 de mayo de 2003⁵², éste toma nota de la Declaración de Bruselas realizada en la Conferencia europea sobre Prevención y Lucha contra la Trata de Personas —que incluye recomendaciones acerca de la adopción de medidas penales para criminalizar estos comportamientos⁵³—, recomendando a los Estados miembros que ratifiquen cuanto antes la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como los dos protocolos anejos, y que apliquen con prontitud —que no podrá diferirse más allá del 1 de agosto de 2004— la Decisión marco sobre la trata de seres humanos. Estas recomendaciones, junto al acuerdo de doce medidas para luchar contra la trata —entre las que se encuentran la cooperación operativa activa, la organización de campañas informativas y la prestación de asistencia a las víctimas—, se reiteran en la Resolución del Consejo de 20 de octubre de 2003, sobre iniciativas para luchar contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres⁵⁴. Finalmente, aunque en esta ocasión en relación con las víctimas de conductas relacionadas tanto con la trata como con la inmigración ilegal, existe una propuesta de Directiva, que formula la Comisión al Consejo, relativa a la expedición de un permiso de residencia de corta duración a las víctimas de la ayuda a la inmigración ilegal o de la trata de seres humanos que cooperen

con las autoridades competentes, mediante la que se persigue, como medida de lucha contra estas formas de criminalidad, entre otras estrategias, posibilitar la concesión de un permiso de residencia de corta duración —de seis meses, aunque prorrogable— a las víctimas de estas conductas que colaboren con las autoridades gubernativas o judiciales mientras se sustancia el procedimiento contra los traficantes.

Sobre tales iniciativas, en especial sobre las presentadas por las dos Decisiones marco del Consejo, se asientan supuestamente las modificaciones introducidas por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros. Con base en éstas, la nueva redacción del art. 318 bis CP⁵⁵ presenta los siguientes cambios en relación su anterior versión:

—En cuanto al tipo básico, el previsto en el primer apartado del precepto, la conducta no consiste ahora únicamente en la promoción, facilitación o favorecimiento del tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España, sino también en la realización de aquellos comportamientos en relación con la inmigración clandestina, a lo que se añade el hecho de que la promoción, facilitación o favorecimiento al tráfico o inmigración puede ser tanto directa como indirecta. Además se ha incrementado sustancialmente la pena de prisión, que pasa a ser de cuatro a ocho años, suprimiéndose la pena de multa de seis a doce meses que antes se preveía como cumulativa a la de seis meses a tres años de prisión.

51. Vid. DO C 142 de 14.6.2003, págs. 23 y ss.

52. Vid. DO C 137 de 12.6.2003, pág. 1.

53. El texto en inglés de la *Brussels Declaration on preventing and combating trafficking in Human Beings* puede consultarse en el DO referido en la anterior nota, págs. 2 y ss.

54. Cfr. DO C 260 de 29.10.2003, págs. 4 y ss.

55. Según el artículo primero (modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 13 de noviembre, del Código penal), apartado trece, la actual redacción del art. 318 bis CP es de este tenor: "1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión. 2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a 10 años de prisión. 3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. 4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 5. (1) Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitoria, que se dedicase a la realización de tales actividades. (2) Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. (3) En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código. 6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada".

—En el apartado segundo del precepto se incrimina ahora como un supuesto cualificado el tráfico o la inmigración clandestina de personas con el propósito de explotarlas sexualmente, sancionado con pena de prisión de cinco a diez años, a lo que se añade la consiguiente supresión del antiguo núm. 2 del art. 188.2 CP por obra de la misma LO 11/2003⁵⁶.

—En el número tercero del precepto se mantienen como tipos agravados que podrían denominarse de segundo nivel, de forma acumulada, supuestos semejantes a los antes contenidos en los núms. 2 y 3 del 318 bis CP, esto es, la realización de las conductas previstas en los dos apartados anteriores concurriendo ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo ésta menor de edad o incapaz, o poniendo en peligro la vida, la salud, o la integridad de las personas, a los que corresponde la pena del tipo respectivamente aplicado en su mitad superior. Las únicas diferencias en los supuestos contemplados en relación con los antes previstos en el núm. 2 del art. 318 bis CP se centran en la inclusión del abuso de situación de superioridad o situación de especial vulnerabilidad de la víctima, así como en la supresión del abuso de la situación de necesidad.

—En el número cuarto de precepto se contiene, en términos semejantes a como lo hiciera el propio art. 318 bis.4 CP en su anterior redacción, la agravación correspondiente a la autoridad, agente de ésta o funcionario público que realiza los hechos prevaleciéndose de su condición, al que se impone la pena prevista en el núm. 3 del precepto, a la que se añade la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

—Como último de los supuestos cualificados, se incluye como causa de hiper agravación, en semejantes términos a como ya lo hiciera el mismo número quinto del precepto en su anterior redacción, la pertenencia del culpable a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades. En tales casos, además de la pena superior en grado a la correspondiente a los apartados 1 a 4 del precepto, se añade ahora la imposición de una pena privativa de derecho, la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena. A estas disposiciones, la actual redacción del número 5 del art. 318 bis CP añade dos novedades no contempladas en su redacción ante-

rior. De un lado, en el párrafo segundo del art. 318 bis.5 CP se incorpora un subtipo hiperagravado, que conduce a la imposición de la pena antes indicada en su mitad superior, e incluso permite acudir a la superior en grado, cuando los sujetos activos sean los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones. De otro lado, en el párrafo tercero de este núm. 5 se prevé la posibilidad de aplicar alguna o algunas de las consecuencias accesorias del art. 129 CP.

—Finalmente, la última versión del art. 318 bis CP introduce un número sexto en el que incorpora la posibilidad de que los Tribunales reduzcan la pena prevista, imponiendo la inferior en grado a la respectivamente señalada, en atención a la gravedad del hecho y sus circunstancias, así como a las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, lo que configura una suerte de tipo privilegiado de aplicación compatible con todas las agravaciones contenidas en el precepto cuya pretensión última puede ser la de dotar de cierta flexibilidad a la dureza punitiva propia de este delito.

IV. ¿La actual configuración del art. 318 bis CP soluciona los problemas detectados en su primigenia redacción?

Se indicó al inicio de esta breve investigación que el método a desarrollar consistiría en, una vez expuestos los antecedentes de la inclusión del art. 318 bis CP, dar cuenta de los problemas fundamentalmente de índole interpretativa planteados con su incorporación al texto punitivo, exponiendo a renglón seguido las modificaciones introducidas en este precepto y en los relacionados en el CP por la LO 11/2003, para finalmente contrastar si la nueva regulación solventa las cuestiones planteadas por la primigenia o bien supone el surgir de nuevas dudas. Efectuadas las dos primeras operaciones antes referidas, la respuesta a la pregunta en que consiste este epígrafe debe ser negativa. Puede concluirse, pues, que la nueva regulación no sólo no ofrece una solución satisfactoria a la mayoría de los problemas planteados por la primitiva configuración del art. 318 bis CP, sino que, al contrario, en algunos puntos supone un empeoramiento de la situación regulativa anterior. Adelantada así la conclusión, procede analizar las razones que han conducido a formularla.

En primer lugar, tal como se destacó en el segundo apartado de este trabajo, la primera de las

56. *Id.* Artículo primero, apartado nueve, de la LO 11/2003.

cuestiones discutidas en relación con el delito de tráfico ilícito de personas ha sido la identificación de su objeto jurídico de tutela. Si hasta ahora las opciones podían bipolarizarse en torno a las que sostenían la protección de un interés estatal, centrado en la protección de la política de flujos migratorios, sobre todo atendiendo a la ubicación del precepto, y las que defendían la protección de un interés titularidad de los trasladados, que algunos identificábamos con la dignidad, no parece que puedan augurarse demasiados cambios en la situación. Si acaso, el mantenimiento del delito tras los delitos contra los derechos de los trabajadores, y la inclusión, junto al tráfico ilícito, de la referencia típica a la inmigración clandestina, pueden contribuir a dotar de mayores apoyos al primer grupo de opinión, con el consiguiente peligro de formalización, o administrativización, del ilícito que esto pueda suponer. Con ello no se pretende renegar de una configuración del bien jurídico que lo relacione con la dignidad humana, sino tan sólo poner de manifiesto que la misma goza cada vez de menor apoyo legal.

En segundo lugar, tampoco las cuestiones problemáticas suscitadas en torno a la indeterminación del comportamiento delictivo en el tipo básico del delito se han visto paliadas. En este concreto aspecto, incluso puede afirmarse que la nueva regulación da un paso más en la dirección hacia la pancriminalización de todo lo relacionado con movimientos migratorios efectuados incumpliendo el régimen administrativo de entrada y permanencia de inmigrantes establecido por los Estados de destino, excediéndose de las recomendaciones sobre incriminación de conductas en este ámbito contenidas en instrumentos internacionales, a pesar de las manifestaciones reflejadas en la Exposición de motivos de la LO 11/2003. Como se apuntó en el epígrafe segundo de este trabajo, una de las cuestiones objeto de discusión acerca del tipo básico del tráfico de personas, sobre todo por la amplitud del com-

portamiento típico a que podía conducir una interpretación laxa del mismo, es el significado del vocablo "tráfico". Tal como allí se manifestó, si bien se lo identificaba con la trata, un sector importante de la doctrina no limitaba sobre la base de este término el abanico de conductas subsumibles en el tipo básico, aunque denunciaban la identificación de la conducta prevista en éste con un comportamiento formal a que conducía la previsión de tipos cualificados que dejaban prácticamente vacío de contenido el incluido en el primero de los números del art. 318 bis CP, aduciendo que de *lege ferenda* aquél debía constituir únicamente una infracción administrativa.

Ciertamente, el concepto de tráfico no es ni mucho menos pacífico. En puridad, la mayoría de iniciativas surgidas en el seno de la Unión con finalidad de luchar contra la moderna esclavitud de las personas o los traslados poblacionales ilegales no incluyen ese término. Resulta mucho más corriente la referencia a trata de personas o de seres humanos como concepto diverso del de inmigración ilegal, al que también se hace referencia. Tal como se aclaró al exponer el contenido de la Decisión marco 2002/629/JAI y de la Directiva 2002/90/CE, que establecen, respectivamente, qué se entiende por "trata de seres humanos" y qué por "inmigración clandestina"⁵⁷, el primero de los conceptos alude a un comportamiento claramente atentatorio contra la dignidad de la persona, lo que explica que el consentimiento del sujeto pasivo no tenga efectividad o que no sea determinante tanto el traslado físico de personas cuanto un abanico de comportamientos más amplio, comprensivo de la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la recepción, el intercambio o el traspaso de control sobre ellas concurriendo determinados medios comisivos que las denigran siempre que las conductas se realicen con una finalidad de explotación —que puede ser laboral o profesional o sexual—⁵⁸. Por contra, el segundo de los conceptos

57. *Vid. supra* epígrafe 3.

58. No muy distinto a este concepto de trata, en el sentido de la finalidad última de explotación de las personas, aunque de contenido más restringido, pues se refiere preferentemente a la explotación sexual, es el contenido en el anexo del Convenio Europol, en la redacción que al mismo dio la Decisión del Consejo de 3 de diciembre de 1998 (1999/C26/05). Según éste, se identifica la "trata de seres humanos" con el acto de someter a una persona al poder real e ilegal de otras personas, mediante la violencia o mediante amenazas o abusando de una relación de autoridad o mediante engaño, en particular con objeto de entregarla a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación y de violencias sexuales respecto de menores de edad o al comercio ligado al abondono de niños. Estas formas de explotación incluyen asimismo las actividades de producción, venta o distribución de material de pornografía infantil.

alude a una conducta que no atenta tanto contra la individualidad de las personas objeto de la misma, cuanto contra el cumplimiento de las normas administrativas acerca de la entrada y la permanencia de extranjeros en países de destino, puesto que el comportamiento consiste fundamentalmente en favorecer la entrada o tránsito de un ilegal en un Estado miembro de la Unión, así como favorecer la permanencia de éste siempre que concurra ánimo de lucro.

Sí se refiere específicamente al término “tráfico”, sin embargo, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada por el Estado español. Según el art. 3 del referido protocolo, por “tráfico ilícito de migrantes se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro tipo de beneficio material”. Frente a dicho concepto, el de “entrada ilegal” se identifica en el mismo precepto con el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor⁵⁹. En sentido distinto a ambos, el segundo de los Protocolos anejos la Convención de Palermo, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, define la trata de personas en términos muy semejantes a como caracteriza este concepto la Decisión marco 2002/629/JAI⁶⁰. Teniendo en cuenta las definiciones contenidas en estos protocolos puede afirmarse —tal como se

hace en la Propuesta de Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea⁶¹—, que el término “tráfico”, al menos según uno de los Protocolos anejos a la Convención de Naciones Unidas para la Lucha contra la Delincuencia Organizada Transnacional, va unido a la ayuda para el cruce de fronteras y la entrada de ilegales, es decir, que siempre comporta un elemento transnacional, a diferencia de la trata, que no exige ese componente, sino su elemento definitorio fundamental, la finalidad de explotar al sometido a ella, con independencia de cómo llega la víctima al lugar donde se realiza la explotación. De ahí que los conceptos de “tráfico” y “trata”, aun cuando se usan como sinónimos, tienen diferencias.

Trasladando dichas consideraciones al vocablo “tráfico” contenido en el art. 318 bis CP, habida cuenta de que junto al tráfico de personas, la LO 11/2003 ha incluido la inmigración clandestina, podemos dotar de contenido al concepto de tráfico según dos posibilidades: bien identificándolo con el concepto de trata de seres humanos, con el que tradicionalmente se ha parificado, de manera que las entradas ilegales en territorio de nuestro Estado quedarían abarcadas por el término “inmigración clandestina”, bien identificando el término con la concepción que del mismo se contiene en el Protocolo anejo a la Convención de Naciones Unidas sobre Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. De ambas opciones la que más convence es la que identifica el tráfico con la trata, esto es, con el comportamiento definido en la Decisión marco 2002/629/JAI, y ello no solamente porque los movimientos transfronterizos se halla-

59. El protocolo anejo a la Convención de Palermo, en su art. 4, clarifica que su ámbito de aplicación es a los delitos tipificados en relación con tales actividades siempre que sean de carácter transnacional y supongan la participación de un grupo delictivo organizado. En su art. 6 recuerda que los Estados deben adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delitos, en lo que aquí interesa, únicamente el tráfico ilícito de inmigrantes, no la entrada ilegal, así como la tentativa y la participación en tal delito, además de la necesaria previsión de determinadas tipos cualificados, cuando se ponga en efectiva peligro o se pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los inmigrantes afectados a cuando se dé lugar a un trato inhumano o degradante a esos inmigrantes, en particular con el propósito de explotación.

60. Según el art. 3 del referido Protocolo “Por trato de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”, incluyendo en el concepto cualquiera de estos comportamientos cuando el sujeto pasivo sea un niño aunque no se usen ninguno de los medios comisivos mencionados en el precepto. También en relación con la trata de personas, el art. 4 del Protocolo determina su ámbito de aplicación a los delitos relacionados cuando sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado. También en relación con esta actividad, el art. 5 del Protocolo recuerda a cada Estado parte la necesidad de adoptar las medidas necesarias para tipificar como delito en su derecho interno todos los supuestos de trata intencionados, así como los de trata intentada y la complicidad a estos comportamientos.

61. Vid. DO C 142/33 de 14.6.2002, pág. 33.

rían incluidos en el concepto de inmigración clandestina —ya introducido en el art. 318 bis.1 CP—, sino también porque la propia Exposición de motivos de la Ley de reforma hace referencia explícita a las Decisiones marco del Consejo emitidas en los últimos tiempos sobre la materia, y porque la identificación del concepto de tráfico con el contenido en el Protocolo anejo a la Convención de Palermo no se compeadece bien con nuestro derecho positivo, pues en la Convención es inherente al traslado la finalidad de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, cuando el ánimo de lucro constituye uno de los tipos cualificados del referido precepto, además de que el comportamiento requiere la facilitación de la entrada ilegal cuando el tráfico ilegal se predica de personas desde España o en tránsito por España.

Aun cuando resulta preferible identificar el concepto de tráfico con el de trata, único que ha definido la Unión Europea, de bien poco nos sirve dicha equiparación en punto a limitar la amplitud de la conducta típica contenida en el art. 318 bis.1 CP, puesto que ésta se ha visto sustancialmente ampliada con la introducción de la inmigración clandestina. Además se ha equiparado la indirecta a la directa promoción, favorecimiento o facilitación de cualquiera de estas dos actividades, con lo que la ampliación es aún más evidente, y esto sin exigir ningún requisito que dote de algún contenido de injusto al tipo básico, puesto que tanto el uso de medios comisivos especialmente insidiosos, la finalidad de explotar a los traficados de algún modo, el traslado de personas especialmente vulnerables, el ánimo de lucro o la pertenencia a una organización dedicada a tales finalidades continúan constituyendo supuestos cualificados.

Con semejante ampliación de la conducta delictiva en el tipo básico el legislador español dificulta en grado máximo la operatividad de cualquier ensayo tendente a limitar el ámbito de lo típico a través de la identificación del concepto de tráfico con traslado producido en circunstancias que atentan contra la dignidad. Pero no solamente eso, sino que teniendo en cuenta los conceptos fijados de trata e inmigración clandestina en instrumentos de la Unión, éstos tampoco son operativos para interpretar estos comportamientos en el tipo básico del art. 318 bis CP. Así, en relación con el tráfico —o trata— los medios comisivos contemplados en la definición contenida en el art. 1 de la Decisión marco 2002/629/JAI integran en la mayor parte de los casos tipos cualificados en el art. 318 bis CP, lo mismo que la finalidad de explotación que guía la conducta, en concreto la finalidad de explotación sexual, que es la única contemplada específicamente

en el precepto. Tampoco el concepto de inmigración clandestina definido en el art. 1 de la Directiva 2002/90/CE puede identificarse absolutamente con el referido en el art. 318 bis.1 CP, puesto que en la normativa europea la integran las acciones de ayudar a entrar o transitar de manera ilegal, cuando en el ordenamiento jurídico español se habla de inmigración clandestina “desde, en tránsito o con destino a España”, además del comportamiento consistente en ayudar a permanecer a un inmigrante ilegal con ánimo de lucro, cuando tal comportamiento podría constituir un tipo cualificado del art. 318 bis. 3 CP en nuestro ordenamiento jurídico.

Nuevamente nos encontramos, pues, ante un tipo básico que puede quedar vacío de contenido, a cuya interpretación poca luz aporta la normativa de la Unión, debido a la pésima técnica legislativa empleada en la incriminación de tales conductas por nuestro legislador, ello a pesar de declarar que supuestamente tales instrumentos constituyen las líneas guía de la reforma. Aunque la Exposición de motivos declara que las modificaciones operadas sobre el precepto obedecen a la necesidad de adecuar nuestra regulación interna a las dos Decisiones marco que más inciden en esta cuestión, parece que nuestro legislador desconoce el sentido de los conceptos que éstas definen, y se limita a incluirlos en el precepto sin preocuparse siquiera de adecuar el tenor del mismo al sentido que aquéllos tienen, configurando un tipo de difícil interpretación.

Mientras no se ponga remedio a la actual configuración del artículo, únicamente una exégesis de los términos típicos que los desvincule lo menos posible de la idea de protección de la dignidad, de conducta realizada sobre quienes se hallan en una situación genérica de necesidad, aun a riesgo de restringir más allá de lo que pretende la normativa comunitaria el concepto de inmigración clandestina, puede evitar la absoluta formalización del tipo contenido en el art. 318 bis.1 CP. Puede argüirse que con dicha interpretación pierde univocidad el concepto de inmigración clandestina, al que podría darse una configuración más formal en su inclusión en otros preceptos del Código penal —así en el art. 313.1 CP—. Sin embargo, la desaparición del abuso de la situación de necesidad como una de las circunstancias cualificantes contenidas en el art. 318 bis CP puede apoyar la idea de que el referido abuso constituye un elemento implícito en el tipo básico. En refuerzo de tal propuesta, puede aducirse asimismo la relación existente entre el concepto de tráfico y el de trata, y la identificación de este último con la idea de esclavitud. En definitiva, aunque con una interpretación cada vez más

voluntarista, todavía cabe alguna posibilidad exegética que impida la absoluta formalización de la conducta prevista en el tipo básico.

Este esfuerzo interpretativo de carácter limitador no puede impedir, sin embargo, que la conducta prevista en el tipo básico se amplíe a través de la inclusión de los adverbios directa o indirectamente, que califican los comportamientos relativos a la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico de personas o inmigración clandestina, a pesar de las tentativas de diversos grupos parlamentarios para excluirlos en la tramitación parlamentaria de la LO 11/2003⁶². Quizá una explicación a esta modificación pueda encontrarse en el precepto incluido tanto en la Directiva 2002/90/CE como en la Decisión marco 2002/629/JAI en relación con que tanto la instigación como la complicidad, así como la tentativa, en relación con la realización de tales comportamientos, sean punibles. Sin embargo, más allá de la recomendación en punto a la punición de tales conductas, no se impone la necesidad —quizá al margen de la desafortunada redacción del art. 2 Directiva 2002/90/CE⁶³— de que la pena correspondiente a éstas sea idéntica a la que corresponda al autor del delito consumado, a lo que se añade que en el caso de la inmigración clandestina la punición no se refiere a la ayuda a la permanencia de inmigrante ilegal con ánimo de lucro. Así pues, con la nueva redacción, cabe continuar manteniendo aun con mayor razón que en la anterior, si cabe, que se sostiene un concepto unitario de autor, además de continuarse equiparando las formas de imperfecta realización a la consumación al caracterizarse la conducta típica con los verbos ayudar, promover o facilitar de manera directa o

indirecta, cuando tales efectos no se deducen necesariamente de las recomendaciones armonizadoras contenidas en la normativa comunitaria, a pesar de las afirmaciones de la Exposición de motivos de la LO 11/2003.

Tampoco otra de las cuestiones discutidas en relación con el tipo básico del delito, que se traslada a todos los tipos cualificados, se ha visto aclarada por la actual redacción del art. 318 bis CP. No es otra que la relativa a la necesaria condición de extranjeros de los sujetos pasivos, a la que puede añadirse que, de exigirse efectivamente esa condición, queda por dilucidar si incluye únicamente a los no comunitarios o también a los comunitarios. Ciertamente, las definiciones sobre la trata de personas contenidas en instrumentos internacionales así como de Derecho comunitario, que no dejan duda acerca de la afrenta de tales conductas contra la dignidad de la persona, minimizan e incluso excluyen la necesidad de traslado transfronterizo ilegal, y con ello no requieren la condición de extranjero del sujeto pasivo, máxime si, como ocurre en nuestro ordenamiento, el delito de tráfico para la explotación sexual antes contenido en el art. 188.2 CP, que no exigía el traslado ilegal de un no nacional, se ha visto suprimido, incluyéndose en el núm. 2 del art. 318 bis CP. Si se identifica el tráfico de personas con la “trata”, al menos en tales supuestos el sujeto pasivo debería poder ser de cualquier nacionalidad. Sin embargo, la rúbrica del título continúa haciendo referencia a los derechos de los ciudadanos extranjeros, por lo que parece que únicamente serán éstos —aunque tampoco se clarifica si únicamente lo son los no comunitarios— los posibles sujetos pasivos del de-

62. En este sentido, cfr. las enmiendas núm. 101 del Grupo Parlamentario Federal IU en el Congreso, en cuya motivación se aducía que no es recomendable que en el tipo penal se precisen aspectos concretos de formas de participación, equiparando la responsabilidad de quienes han tenido el dominio del hecho en relación con quienes sólo han colaborado con éste, o la núm. 98 del mismo grupo, que pretendía excluir la referencia a la inmigración clandestina del art. 318 bis.1 CP, con la finalidad de evitar la incriminación de comportamientos realizados con finalidades humanitarias por personas individuales u organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro; en el mismo sentido que la enmienda núm. 155 en el congreso del grupo Parlamentario Catalán, para quien referir el indirectamente a la inmigración clandestina podía suponer incriminar comportamientos de personas que mantienen algún tipo de relación laboral, personal, familiar o de acogida de personas extranjeras en situación irregular, y además con una pena mínima de cuatro años de prisión. Tales enmiendas no fueron incorporadas al texto del proyecto. Igual suerte corrió la enmienda núm. 44 presentada en el Senado y firmada por los senadores Cabrero Palomares y Cuerda Cañizares, de contenido semejante a las núms. 98 y 101 del Congreso.

63. Puesto que éste establece “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que las sanciones contempladas en el art. 1 se impongan, asimismo, a cualquier persona que (...)” (la cursiva es mía), cuando el art. 1 no contiene referencia alguna a sanción, sino que determina las conductas de autor consumadas de inmigración clandestina, con lo que podría interpretarse que lo que éste pretende es que la sanción para el autor del delito consumado sea la misma que para el cómplice, el instigador o el autor de la tentativa. No obstante, en tanto el art. 1 hace referencia a que los Estados miembros adoptarán las sanciones adecuadas, también puede interpretarse que las sanciones contempladas en el art. 1 son las “adecuadas”, según la gravedad de la intervención o el grado de ejecución alcanzado, que no han de ser necesariamente siempre las mismas que para el autor del delito consumado.

lito, ello a pesar de la tónica contraria de los instrumentos jurídicos supranacionales que supuestamente sirven de base a la reforma.

No menos preocupante es la gravedad de las penas impuestas ya en el tipo básico del precepto, que ha pasado de ser de prisión de seis meses a tres años a contener un marco genérico de cuatro a ocho años. La Exposición de motivos justifica este sustancial incremento penológico aludiendo al cumplimiento de los umbrales de penas referidos en la Decisión marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares. Sin embargo, también en esta cuestión el precepto excede con mucho las exigencias de la normativa comunitaria, hasta el punto de poder afirmar que el exceso penológico en que se incurre podría llevar al incumplimiento de las exigencias de armonización. Y ello es así porque la Decisión marco a que se alude —la 2002/946/JAI—, recordemos, se refiere a un máximo mínimo de pena que no puede ser inferior a ocho años únicamente en los supuestos de ayuda a entrar o transitar ilegalmente siempre que concurre ánimo de lucro, cuando además la inmigración se comete como parte de las actividades de una organización delictiva o se efectúa poniendo en peligro la vida de las personas objeto de infracción, exigiendo para los demás supuestos únicamente la imposición de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan dar lugar a extradición, y permitiendo, incluso para éstos, que el máximo no sea inferior a seis años de prisión cuando ello resulte indispensable para salvar la coherencia del régimen sancionador nacional. A pesar de que posiblemente en nuestro ordenamiento pudiera concurrir esta razón, a juzgar por el mantenimiento del delito de inmigración clandestina del art. 313.1 CP, si comparamos tal exigencia punitiva mínima con las penas previstas en el art. 318 bis CP nos encontramos con que la exigencia de pena máxima que no puede ser inferior a ocho años se cumple ya en el tipo básico del delito que, como indiqué, podía incluir más conductas que las incardinadas en la definición de inmigración clandestina que otorga la Directiva 2002/90/CE si no se echa mano de una interpretación claramente restrictiva. Ciertamente, para los supuestos en que la Decisión marco prevé ese máximo de carácter mínimo, la pena que podría imponerse conforme a nuestro 318 bis CP no es sus-

tancialmente superior; sin embargo, lo que resulta ciertamente desproporcionado es que ya en el tipo básico, cuyo contenido resulta tan difícilmente desentrañable, pueda imponerse una pena de prisión de tanta gravedad. Así, los casos en los que debería preverse ese máximo de carácter mínimo serían únicamente los supuestos agravados de inmigración clandestina por concurrencia de ánimo de lucro y puesta en peligro de la vida —a los que según el art. 318 bis.3 CP les corresponde una pena de prisión de seis a ocho años— y los agravados por concurrencia de ánimo de lucro y pertenencia a una organización —a los que según el art. 318 bis.5 CP les corresponde, como mínimo, una pena de prisión de ocho años a doce años⁶⁴, además de la pena privativa de derechos prevista en el referido apartado, que puede llegar a ser de doce a dieciocho años de prisión⁶⁵ cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de la organización o asociación—. También en relación con las previsiones penológicas referidas a la trata de personas contenidas en la Decisión marco 2002/629/JAI, el legislador español se ha excedido ligeramente en el máximo. También en tales supuestos lo preocupante es que ya el tipo básico cumpla con las previsiones de pena máxima de carácter mínimo, puesto que si se acude a los supuestos previstos en el art. 3 de la referida Decisión en que el máximo de pena de prisión no puede ser inferior a los ocho años, se observa que el umbral tan sólo es superado cuando se trafica con finalidad de explotar sexualmente al traficado o cuando el culpable pertenece a una organización o asociación dedicada a la trata. Nuevamente aquí lo que resulta preocupante es que las previsiones punitivas máximas se alcancen ya en el tipo básico, aun cuando ello puede resultar más proporcionado en el tráfico de personas —identificado con la trata— que en la inmigración clandestina.

Quizá la conciencia acerca del excesivo rigor penológico ha conducido a la previsión del nuevo número sexto del art. 318 bis CP, en virtud del cual, como se indicó, cabe imponer la pena inferior en grado a la que corresponda atendiendo a la gravedad del hecho y a sus circunstancias, así como a las condiciones del culpable y a la finalidad perseguida por éste. Ciertamente, la alusión a la finalidad parece indicar que una de las razones que ha llevado a la inclusión del precepto es justamente permitir una rebaja punitiva si concurre

64. Que será de ocho años y un día a doce años cuando entre en vigor la nueva redacción que da al art. 70 CP la LO 15/2003.

65. Que será de doce años y un día a dieciocho años cuando entre en vigor la nueva redacción que da al art. 70 la LO 15/2003.

una finalidad de carácter altruista o humanitario. Sin embargo, en tales supuestos quizá lo que debería plantearse es la irrelevancia penal del comportamiento, teniendo además en cuenta que eso es lo que viene a recomendar la propia Directiva 2002/90/CE en los supuestos de ayuda a la entrada o al tránsito de ilegales. Y aunque quizá deberían ensayarse interpretaciones del precepto que condujeran a dicha limitación⁶⁶, atendiendo a que el legislador ha preferido no formular un pronunciamiento expreso al respecto, sí puede resultar operativa la previsión de este tipo privilegiado en constelaciones de supuestos en que la pena que corresponda aplicar sea elevada en exceso.

Tampoco en la configuración de los tipos agravados del art. 318 bis CP se han solucionado todas las cuestiones de dudoso acierto detectadas en la anterior redacción del precepto. No se nos oculta que en el número tercero del mismo se ha incluido, como sujeto pasivo que determina la aplicación de un tipo cualificado, al incapaz junto al menor, tal como venía solicitando un sector de la doctrina; no obstante, continúa siendo discutible la inclusión indiferenciada de causas de agravación tan heterogéneas como la concurrencia de ánimo de lucro, el empleo de determinados medios comisivos, la afectación a determinados sujetos pasivos o la puesta en peligro concreta de la vida, la salud o la integridad de los trasladados, de forma que por la configuración del precepto no se permita diferenciar en penalidad, más allá del margen que otorga la individualización judicial de la pena, en función de la concurrencia de uno singular o varios de los fundamentos de agravación. Con el mantenimiento de esta causa de agravación de tan dispar contenido, el actual art. 318 bis CP mantiene uno de los defectos detectados en su anterior configuración, e incluso lo agrava porque refunde en el actual núm. 3 las circunstancias antes incluidas en los núms. 2 y 3, con las convenientes adaptaciones en la relación de los medios comisivos que impone la Decisión marco 2002/269/JAI, incluyendo entre las mismas causas como la concurrencia de ánimo de lucro,

que cualifican formas de inmigración clandestina —como la ayuda a la permanencia ilegal en el territorio de un Estado de la Unión— haciéndolas merecedoras de reproche penal, con otras que integran circunstancias que convierten en trata de personas determinados traslados.

En otro orden de consideraciones, tampoco las conflictivas relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador en este ámbito han salido mejor paradas tras la aprobación de la LO 11/2003. No puede obviarse que tras la aprobación de la Directiva 2002/90/CE, con el consiguiente complemento de la Decisión marco 2002/946/JAI, resulta difícil afirmar que la inmigración clandestina deba quedar relegada a la condición de ilícito administrativo, puesto que la Unión Europea ha juridificado su voluntad de que el ordenamiento jurídico-penal intervenga también en este ámbito. Sin embargo, aun sosteniendo la necesidad de que estos comportamientos tengan relevancia penal de cumplir con las obligaciones de armonización que impone la Unión a través del Derecho comunitario, lo que no resulta lógico es que, en un Estado miembro, como ocurre en España, el ilícito penal tenga mayor amplitud que las infracciones administrativas comisibles en el mismo campo. Y ello continúa siendo así aun en mayor medida ahora que estando en vigor la primera redacción del art. 318 bis CP, puesto que la tipicidad del mismo se ha visto ampliada con la introducción de las modificaciones previstas por la LO 11/2003, mientras las infracciones previstas en la LO 4/2000, aunque se han visto modificadas más allá de las necesarias adaptaciones en el régimen de expulsión impuestas por la modificación del régimen de sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional a los extranjeros ilegales en el Código penal por obra de la LO 11/2003⁶⁷, no lo han sido integrando tipicidades más amplias que las constitutivas de delito. Así, aunque la LO 14/2003, de 20 de noviembre, ha modificado el redactado del art. 54.1.b) LO 4/2000, lo hace exigiendo la concu-

66. En relación con la primigenia versión del art. 318 bis CP, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op. cit., págs. 82 y ss., propone incluir en el error de prohibición los supuestos que denomina de delincuencia por convicción, es decir, aquellos en que el delito se cometa por motivos humanitarios. Por mi parte, en tanto me parece que identificar la delincuencia por convicción con un supuesto de ausencia de conciencia, ni siquiera potencial, supone tensionar demasiado el sentido posible este último concepto, propuse, VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, op. cit., pág. 1522, con base en la interpretación que identificaba el término "tráfico" con traslado que aprovecha la situación de necesidad intrínseca de nacionales de países subdesarrollados, que quedasen fuera del concepto los traslados con fines altruistas que no comprometan la dignidad.

67. Esta misma norma, en su artículo segundo, introduce la modificación de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificando los siguientes preceptos: art. 57, núms. 4 y 7, arts. 61.1 y 62.1.

rrencia de ánimo de lucro para que las conductas relacionadas con la inmigración clandestina que enumera sean constitutivas de infracción administrativa⁶⁸. Por ello, quizá lo que debería plantarse, en una futura modificación de la LO 4/2000, es la supresión de aquellas infracciones administrativas que constituyen delito de inmigración clandestina o tráfico ilegal.

Finalmente, por cuanto se refiere a la última de las cuestiones tortuosas que planteaba el anterior art. 318 bis CP, su relación con otros preceptos, como el tráfico de personas para su explotación sexual, el delito de inmigración clandestina de trabajadores o la modalidad específica de asociación ilícita prevista en el art. 515.6.º CP, puede afirmarse que la reforma soluciona alguna de las cuestiones, si bien de forma no absolutamente satisfactoria, y genera otras no menos preocupantes. La única de las relaciones delictuales que puede entenderse definitivamente superada, al menos de futuro, es la que media entre el delito de tráfico de personas agravado del art. 318 bis.5 CP y el delito de asociación ilícita, en concreto la figura prevista en el art. 515.6.º CP. El segundo de estos preceptos no se ha visto suprimido, como hubiera sido de esperar, por la LO 11/2003. Dicha tarea supresora la ha acometido la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal. Puesto que la referida Ley no entra en vigor, al menos en las reformas penales sustantivas, hasta el día 1 de octubre de 2004, será entonces cuando pueda afirmarse que no se produce duplicidad de tipificación. Hasta ese día deberemos continuar acudiendo al principio de alternatividad para determinar el precepto de aplicación preferente en el concurso de normas planteado entre éste y el núm. 5 del art. 318 bis CP. Aun con mayor razón que antaño podrá afirmarse ahora que según el referido principio debe aplicarse el art. 318 bis.5 CP, al incrementarse las penas aplicables a este supuesto y al preverse la posibilidad de aplicar consecuencias accesorias a la organización o asociación, sin duda por obra de las demandas contenidas en las Decisiones marco europeas en punto a la responsabilización de las personas jurídicas de las que depende el autor de las infracciones penales relativas a la trata de personas o la inmigración ilegal.

Puede entenderse también superada la relación delictual conflictiva entre el art. 318 bis CP y el delito de tráfico de personas para explotación sexual previsto en el anterior art. 188.2 CP. Éste, como se indicó, ha desaparecido por obra de la LO 11/2003, que ha introducido un tipo cualificado de tráfico con dicha finalidad en el núm. 2 del art. 318 bis CP. El único punto que ensombrece la solución adoptada por el legislador lo constituye el peligro de que una interpretación del art. 318 bis CP demasiado apegada a los movimientos migratorios ilegales pudiera evitar la inclusión en el mismo de comportamientos que podrían constituir auténticos supuestos de trata de personas con finalidad de explotarlas sexualmente, sin necesidad de integrar formas de inmigración ilegal, por ejemplo los que afectarían a nacionales de países de la Unión, o a nacionales del propio país donde se produce el tráfico, e incluso a nacionales de terceros Estados que entrarán en territorio de la Unión cumpliendo formalmente con los requisitos administrativos pero siendo materialmente víctimas del tráfico. La referida dificultad podría solventarse por vía interpretativa, aunque no sin dificultades, a juzgar por la rúbrica del Título XV bis, del Libro II, del CP.

El mayor de los escollos viene representado por la relación existente entre el art. 313.1 CP y el delito que aquí se comenta. Si hasta ahora se acudía al delito de inmigración clandestina de trabajadores aduciendo fundamentalmente el principio de especialidad por la específica naturaleza del sujeto transportado —trabajador— o por la finalidad de explotación laboral que guiaba a quien lo trasladaba —cuanto menos en relación con el tipo básico del art. 318 bis CP— y, además, ello implicaba la aplicación del precepto con penalidad más grave, por lo que la solución sería la misma de apreciar la concurrencia de una relación de alternatividad, ahora nos encontramos con que esto no es así. La pena que corresponde al art. 313.1 CP es la de prisión de dos a cinco años, cuando la correspondiente al tipo básico del art. 318 bis CP es de cuatro a ocho años de prisión. En tales casos, afirmar la especialidad del delito contra los derechos de los trabajadores podría conducir a privilegiar injustificadamente a quien promueve o favorece la

68. El nuevo tenor del art. 54.1.b) LO 4/2000 es el siguiente "Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito".

inmigración ilegal de éstos. Obviamente, la solución menos problemática hubiese sido suprimir la previsión contenida entre los delitos contra los derechos de los trabajadores, como se propuso en el trámite de enmiendas al proyecto de LO 11/2003 en el Congreso⁶⁹, con eventual previsión de un tipo cualificado, al modo del contenido en el núm. 2 del art. 318 bis CP, para el tráfico con finalidad de explotación laboral. Puesto que esto no se ha producido, caben dos diversas posibilidades interpretativas. Según la primera, identificando la inmigración clandestina contenida en el art. 318 bis CP, lo mismo que la incluida en el art. 313.1 CP, con la mera entrada o permanencia de ilegales, podría continuarse sosteniendo la especialidad del art. 313.1 CP en relación con el tipo básico del art. 318 bis CP, cuya penalidad —para evitar que la aplicación del principio de especialidad condujera a preterir el delito con pena prevista de mayor entidad— podría entenderse siempre atenuada mediante la aplicación del tipo privilegiado del art. 318 bis.6 CP —con lo que le correspondería una pena de dos a cuatro años de prisión⁷⁰—. Dicha especialidad no se produciría en caso de concurrir circunstancias propias de la trata de seres humanos, por lo que de concurrir los supuestos previstos en los núms. 2 y siguientes del art. 318 bis CP debería procederse a la aplicación preferente de éstos, e incluso al concurso de delitos con el previsto en el art. 313.1 CP, a salvo de que quisiera continuar privilegiándose a quien trafica con trabajadores en relación con quien trafica con personas. En virtud de la segunda de las posibles interpretaciones, la relación entre el tipo básico del art. 318 bis y el art. 313.1 CP no sería lógica de inclusión, lo que acontecería de considerar que la inmigración clandestina del art. 318 bis CP no significa mera ayuda a la entrada o permanencia ilegal, sino también aprovechamiento de la situación de necesidad genérica padecida por el inmigrante —exigencia derivada de la protección de la dig-

nidad humana en este precepto—, que no se requeriría en la inmigración clandestina del art. 313.1 CP. De tal forma, cuando concudiese el aprovechamiento de tal situación se procedería a la aplicación de un precepto, el contenido en el art. 318 bis.1 CP, al que corresponde pena más grave que la prevista en el art. 313.1 CP por contener un ilícito también más grave.

Concluyendo ya, si tras esta breve exposición se ha logrado convencer al lector de que la nueva redacción del art. 318 bis CP en modo alguno puede tildarse de mejora técnica, sino de lo contrario, de reflejar una confusión de los conceptos “trata de seres humanos” e “inmigración clandestina”, suficientemente determinados en la normativa comunitaria, quizá éste se pregunte qué puede hacerse de *lege ferenda* para deshacer el entuerto. Probablemente lo más cómodo, que además resultaría a buen seguro técnicamente más correcto que lo que ahora tenemos, sería ser fiel a las definiciones contenidas en la Directiva 2002/90/CE y la Decisión marco 2002/629/JAI. Sobre la base de éstas se podría incriminar, entre o tras los delitos contra la integridad moral, un delito de trata de seres humanos, y en un emplazamiento semejante al que actualmente tiene el art. 318 bis CP, o incluso en una Ley penal especial —la LO 4/2000, por su relación con la cuestión, podría ser la más adecuada—, un delito de inmigración clandestina. Con el distinto emplazamiento de ambos se lograría deslindar definitivamente lo que fundamentalmente es afrenta a la dignidad por la cosificación de las personas que supone su trato como mercancía —en cuanto la trata implica siempre finalidad de explotación, con el atentado directo a la individualidad que esto puede representar—, del atentado contra la política de flujos migratorios propios de los países desarrollados, que, en caso de constituir un interés con entidad suficiente para merecer protección penal, es menos insidioso con derechos individuales de los trasladados, con lo que podría ganar el perfil de delito económico. Con la diversificación de la regula-

69. Así, en la enmienda núm. 153, el Grupo Parlamentario Catalán había propuesto la derogación del art. 313 CP en coherencia con la redacción que proponían del art. 318 bis.1 CP. En la enmienda núm. 155 del referido grupo parlamentario, se proponía la siguiente redacción del art. 318 bis.1 “(1) El que promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión. (2) En ningún caso se penará la conducta descrita en el párrafo anterior cuando su objetivo sea prestar, sin habitualidad, ayuda humanitaria a la persona de que se trate. (3) Se aplicará la misma pena prevista en el párrafo primero de este apartado al que promoviere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España o, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinar o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país”. Dichas enmiendas no fueron incorporadas al texto, siendo la núm. 155 rechazada ya en Comisión.

70. Que será pena de dos a cuatro años de prisión menos un día cuando entre en vigor la nueva redacción que da al art. 70 la LO 15/2003.

ción probablemente se conseguiría clarificar también que la trata, la afrenta a la dignidad, no conoce de nacionalidades de los sometidos a la misma, aunque *a priori* pueda resultar más fácil tiranizar a quien menos tiene, ni tiene necesariamente que ver con el tránsito entre fronteras, al que sí se halla estrechamente ligada la inmigración clandestina.

Mientras esa reforma no llegue, únicamente una interpretación restrictiva, articulada sobre la base de la protección de la dignidad de los traficados o los trasladados, que relacione estas conductas con una nueva forma de esclavitud, puede evitar una

absoluta formalización de las tipologías contenidas en el art. 318 bis CP, especialmente de su tipo básico. Probablemente esa opción, aun a riesgo de conducir a un entendimiento de la inmigración clandestina de contenido parcialmente distinto —más restringido— al pretendido por la normativa comunitaria e incluso a lo que constituía voluntad del legislador español, sea la única que permita conjugar la observancia del principio de conservación de las normas jurídicas con la adecuada justificación de un marco penal tan grave como el contenido en el núm. 1 del art. 318 bis CP.