

LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

Patricia Laurenzo Copello
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de La Laguna

1. Introducción

Durante la última década se han ido incorporando progresivamente a la legislación penal española numerosos preceptos que de forma directa o indirecta permiten amparar a los extranjeros frente a no pocos comportamientos gravemente atentatorios contra sus derechos más elementales. Muchas de estas novedades legislativas encuentran su origen en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹, en cuya virtud no sólo se incorpora un nuevo Título al Código penal específicamente destinado a combatir el tráfico ilegal de personas (Título XV bis del Libro II CP), sino que se produce una considerable agravación de las penas para ciertos delitos relacionados con los derechos de los ciudadanos extranjeros, particularmente con aquellos que pueden verse afectados por las repercusiones sociales del actual fenómeno migratorio.

La justificación de la creciente necesidad de tutela penal de los extranjeros no es ajena al origen económico de los actuales flujos migratorios que contribuye a situar a este grupo de personas en una posición social desventajosa —cuando no marginal— y en blanco fácil del rechazo comunitario. La disposición de los inmigrantes a ocupar

¹ En adelante, LODYLE. Esta Ley fue modificada por LO 8/2000, de 22 de diciembre. Una valoración crítica de esta reforma puede consultarse en DE MATEO MENÉNDEZ, Fernando, «Una aproximación a la nueva Ley de Extranjería», en *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, n.º 40, 2001, pp. 9 y ss.

sin exigencias de ninguna clase los puestos de trabajo más despreciados por los nacionales, unida a las diferencias raciales y culturales que por su procedencia geográfica particulariza a un buen número de ellos, ha dado lugar a la aparición de emergentes minorías que al no compartir los cánones de normalidad característicos del grupo mayoritario, ocupan una posición de subordinación social² con las consecuentes dificultades para acceder al goce efectivo de los derechos y libertades públicas en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos. Si a ello se añade la situación de clandestinidad de muchos de estos ciudadanos extranjeros, no es difícil comprender por qué se convierten en víctimas fáciles de la explotación laboral o sexual, de ataques racistas y xenófobos o del traslado en condiciones inhumanas y peligrosas a merced de grupos criminales organizados, circunstancias todas ellas en las que se ven comprometidos derechos tan esenciales de la personalidad como la vida, la integridad física y moral o el derecho a trabajar en condiciones dignas. Esa especial vulnerabilidad de los inmigrantes justifica que el Derecho penal les conceda una protección adicional destinada precisamente a cerrar las puertas a las condiciones que originan aquella situación de desventaja y marginación.

Sin embargo, no es sólo el peligro para los bienes personalísimos de este colectivo de extranjeros lo que explica la intervención creciente del Derecho penal en el campo de la extranjería. Junto a ello, ocupan un lugar destacado, además, otros intereses de naturaleza supraindividual que no siempre transcurren por cauces paralelos a los intereses de los inmigrantes. En este sentido destaca, ante todo, la preocupación del Estado por controlar y frenar los flujos migratorios, interés que encuentra su reflejo normativo, por ejemplo, en la particular intensidad con la que se persigue a las estructuras organizadas dedicadas al tráfico de personas³ (art. 318 bis CP). Tampoco son ajenos al

² Véase al respecto, DE LUCAS, Javier, «Algunos problemas del Estatuto Jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, 1993, pp. 99 y ss.; LAURENZO COPELLO, Patricia, «Marco de protección jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia», en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, pp. 230 y ss.

³ Por lo demás, la especial severidad en la persecución penal de las conductas de tráfico de personas realizadas a través de organizaciones criminales responde también a la necesidad de hacer frente de modo estricto al creciente proceso de internacionalización de la delincuencia organizada al que ha contribuido de modo considerable el floreciente negocio de la trata de seres humanos. Véase al respecto, GIAMMARINARO, Maria Grazia, *Il traffico degli esseri umani e le nuove mafie, en Il traffico de esseri umani e il ruolo della criminalità organizzata*, Nápoles, 2000, pp. 88 y s. Sobre los graves perjuicios de la criminalidad organizada para importantes inte-

avance punitivo algunos intereses de carácter netamente económico, en particular, el interés estatal por evitar fluctuaciones descontroladas del mercado de trabajo. De hecho, el propio Consejo ha llegado a recomendar a los Estados miembros de la Unión Europea la adopción de sanciones administrativas o penales para reprimir la contratación de ciudadanos de terceros países sin permiso de trabajo por el riesgo de que tales prácticas afecten la libre competencia en el mercado interior (Recomendación 96/C 304/01 de 27 de septiembre)⁴, recomendación que si bien nuestro legislador ha canalizado básicamente por la vía administrativa —se prevé como infracción muy grave en el art. 54.1d) LODYLE—, no deja de influir sobre la decisión de penalizar las conductas de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España —art. 313.1 CP—.

La preocupación del legislador por conceder una adecuada tutela a este conjunto de bienes jurídicos individuales y colectivos ha desembocado en un sistema complejo y no siempre armónico de preceptos penales que en una primera aproximación podrían reconducirse a tres grandes grupos de conductas prohibidas: los delitos relacionados con el tráfico de seres humanos —sea en sentido genérico (art. 318 bis y 515.6.º CP) o con el fin de su explotación sexual (art. 188.2 CP)—; las conductas vinculadas al mercado laboral —abuso de mano de obra extranjera (art. 312.2 CP) y favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1)—; y, por último, los comportamientos racistas y xenófobos —desde las conductas genéricas de provocación a la discriminación y al odio racial (arts. 510 y 515.5.º CP) o la realización de cualquier delito con fines racistas (art. 22.4.ª CP) hasta los supuestos concretos de discriminación en el empleo (art. 314 CP) o la denegación de servicios esenciales, sean públicos (art. 511 CP) o privados (art. 512CP)—.

Si bien la particular trascendencia de los intereses implicados justifica en buena medida esta decidida apuesta por la vía represiva, basta un rápido acercamiento al contenido de este conglomerado de figuras delictivas para descubrir una significativa falta de armonía entre

reses de trascendencia transnacional —desde la estabilidad económica nacional e internacional hasta las propias bases estructurales sobre las que se asientan los Estados democráticos—, véase BUENO ARÚS, «Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, en particular, p. 60.

⁴ Al respecto, TERRADILLOS BASOCO, Juan, «Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera», en LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración y Derecho Penal*, Valencia, 2002, pp. 381 y s.

ellas y un sinnúmero de solapamientos que no pueden sino atribuirse a un proceso criminalizador desordenado y poco reflexivo. Si el legislador recibió ya este reproche en el año 1995 con motivo de la incorporación al Código penal de un conjunto de preceptos destinados a combatir los brotes racistas y xenófobos que por entonces comenzaban a manifestarse con cierta virulencia en la Unión Europea⁵, aún con más razón cabe reiterarlo a la vista de la superposición de tipos penales y la falta de congruencia de penas resultantes de las modificaciones al Código Penal introducidas por la LODYLE en materia de tráfico de personas. A estos aspectos de la tutela de los derechos de los extranjeros dedicaremos, pues, las reflexiones que siguen.

2. El delito de tráfico de personas y otras figuras afines

La nueva regulación legal de la extranjería en nuestro país —inaugurada por la LO 4/2000, de 11 de enero (LODYLE)— supuso importantes modificaciones en algunos aspectos de la legislación penal relacionados con los derechos de los ciudadanos extranjeros, entre las que destaca el novedoso art. 318 bis destinado a castigar a quienes «promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España»⁶.

Sin embargo, no fue éste el primer movimiento de nuestro legislador en el camino de utilizar la vía penal para prevenir el floreciente negocio del comercio con seres humanos. Ya un año antes, siguiendo las recomendaciones de la comunidad internacional y, en particular, de la Unión Europea⁷, el Parlamento español había acometido la tarea de poner bajo pena uno de los casos más frecuentes de trata de personas vinculado a la inmigración clandestina: el delito de tráfico de seres humanos con fines de su explotación sexual. La proliferación de mujeres extranjeras obligadas a ejercer la prostitución en clubes de alterne en los más diversos puntos del territorio español tras haber sido reclu-

⁵ Una perspectiva crítica sobre la criminalización de las conductas de provocación a la discriminación puede verse en LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, Bilbao, 2000, cit., pp. 363 y ss. En general, sobre la regulación de las conductas racistas y xenófobas en nuestro sistema penal, véase LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia», en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, pp. 217 y ss.

⁶ Disposición Final Segunda, LODYLE.

⁷ Véase al respecto, MAQUEDA ABREU, M.^a Luisa, *El tráfico sexual de personas*, Valencia, 2001, p. 21.

tadas en sus países de origen mediante engaño o abusando de su situación de necesidad extrema, puso en alerta al Estado sobre el peligroso avance de esta clase de comportamientos gravemente atentatorios contra la dignidad de las personas y desembocó en la actual redacción del art. 188.2 del Código Penal, introducida por LO 11/1999, de 30 de abril, en cuya virtud se expone a las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses «...el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima».

Pero aún antes de la incorporación de estos preceptos específicos al Código penal, la jurisprudencia tuvo que enfrentarse a no pocos casos de tráfico de personas —vinculados, algunos de ellos, a fines de explotación sexual— y para evitar inadmisibles lagunas de punibilidad echó mano de ciertas figuras relacionadas con los derechos de los trabajadores que permitían captar esta clase de supuestos, en particular, la relativa a las migraciones fraudulentas contenida en el actual art. 313.1 CP⁸. La posibilidad de acudir a este precepto venía determinada por las características de la gran mayoría de los extranjeros inmersos en estas operaciones irregulares, cuyo gran objetivo generalmente consiste en acceder a un puesto de trabajo en el territorio de la Unión Europea. De ahí la adecuación de un delito en el que se ponen bajo pena las

⁸ Pese a algunas referencias doctrinales y jurisprudenciales en otro sentido, no parece que la conducta de «determinar o favorecer la emigración» —recogida en el art. 313.2— guarde relación con los casos aquí planteados. Y no sólo porque el sujeto pasivo de este delito puede serlo tanto un extranjero (residente en España) como un español, sino, sobre todo, porque la conducta típica consiste aquí en determinar a otro a salir del territorio español —así, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, PE*, 14.^a ed., Valencia, 2002, p. 330 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, Valencia, 1999, pp. 504 y s.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2001, p. 653—; es decir, justamente lo contrario de lo que pretenden captar los tipos penales destinados a proteger a los ciudadanos extranjeros frente a las redes de inmigración clandestina. Ello no quiere decir que no sea imaginable algún caso de concurrencia del art. 313.2 con el 318 bis, situación que podría plantearse si un extranjero residente en España se ve involucrado en una operación de tráfico ilegal de personas «desde» nuestro territorio hacia otro país. Pero es evidente que no son éstos los casos a los que tuvo que enfrentarse la jurisprudencia antes de la introducción del art. 318 bis ni tampoco puede considerarse que en tales situaciones resida la razón de ser del nuevo delito. En otro orden de cosas, conviene recordar que el Código penal anterior al de 1995 contenía ya un precepto relativo a las llamadas «migraciones laborales fraudulentas» —art. 499 bis. 3.º—, si bien su aplicación por los Tribunales fue muy reducida (véanse, sobre esta cuestión, BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho Penal del Trabajo*, 2.^a ed., Madrid, 1997, pp. 98 y ss.).

conductas de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de *trabajadores* a España.

Sin embargo, no faltó razón al legislador cuando vislumbró la necesidad de configurar un delito autónomo destinado a tutelar de forma inmediata y directa los derechos de los ciudadanos extranjeros inmersos en las operaciones de tráfico ilegal. Y no sólo porque el art. 313.1 resulte demasiado estrecho al ser aplicable únicamente a los extranjeros que reúnen la condición de «trabajadores»⁹, sino, sobre todo, porque su ubicación sistemática —dentro del Título del Código penal relativo a los «delitos contra los derechos de los trabajadores» (Título XV, Libro II)— indica a las claras que su finalidad tuitiva no se limita ni se concentra en la protección de los inmigrantes. Desde luego ha de considerarse implícita en la penalización de las conductas relacionadas con la inmigración irregular de trabajadores la idea de evitar a estos ciudadanos las consecuencias negativas del mercado laboral clandestino —abusos en la contratación, salarios más bajos, falta de derechos sociales, etc.—; pero además de ello, como bien han reconocido doctrina y jurisprudencia¹⁰, este precepto responde igualmente al objetivo de tutelar un interés hasta cierto punto contrario a los inmigrantes¹¹: el derecho de los trabajadores españoles (o de los extranjeros residentes de forma legal en nuestro país) a no ver reducidas sus posibilidades de acceso a un puesto de trabajo por la competencia que representa una mano de obra más barata¹². Aparece así un bien jurí-

⁹ Véase en este sentido, SEQUEROS SAZATORNIL, «El marco penal de la inmigración», en *Actualidad Penal*, 2000-3, p. 854. Con todo, ha de tenerse en cuenta que el término «trabajador» se interpreta aquí en sentido amplio, comprensivo de todo ciudadano extranjero que emigra a España con la finalidad de realizar una ocupación remunerada, aunque todavía carezca de empleo. En este sentido, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos —Sección Primera— de 29 de octubre de 2001. En la doctrina, entre otros, TERRADILLOS BASOCO, *Los delitos*, cit., p. 393; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 34.

¹⁰ Muy contundente en este sentido la Sentencia de la Audiencia de Girona —Sección Tercera— de 12 de julio de 2000.

¹¹ Sitúan en primera línea este interés y lo vinculan con las disposiciones legales relativas a la concesión y renovación de permisos de trabajo, BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho Penal del Trabajo*, cit., p. 99. También en esta línea, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P.E., cit., p. 331; MARTÍNEZ BUJÁN, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 500.

¹² De otra opinión, entendiendo que la especial intensidad de la pena prevista en este precepto obliga a considerarlo como un tipo cualificado del delito de tráfico ilegal de personas —art. 318 bis—, cuyo bien jurídico ha de centrarse, al igual que en este último, en la dignidad de las víctimas del tráfico, VALLE MUÑOZ/VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3.ª ed., Pamplona, 2002, cit., p. 1127.

dico de carácter supraindividual¹³ asociado al control estatal de los flujos migratorios que poco tiene que ver con los derechos de los extranjeros, al menos, con los extranjeros que se encuentran en España en condiciones irregulares.

Así las cosas, resulte inobjetable la decisión políticocriminal impulsada desde la LODYLE de incluir en el Código penal un delito específico relacionado con el tráfico de seres humanos —el actual art. 318 bis—. Sin embargo, como ya se adelantó, la excesiva premura con la que se acometió esta tarea o, tal vez, la escasa atención que se prestó al contexto normativo al cual venía a incorporarse el nuevo precepto, ha desembocado en un complejo algo confuso y reiterativo de figuras delictivas que hacen necesario un serio esfuerzo hermenéutico destinado a evitar, en la medida de lo posible, las superposiciones e incongruencias punitivas.

Veamos, pues, los caracteres básicos del art. 318 bis y sus puntos de fricción con los otros preceptos mencionados.

3. El bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal de personas

La discutible rúbrica del Título en el que se inscribe el delito de tráfico de personas —«delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros»— ha servido de apoyo a un sector doctrinal para identificar el bien jurídico protegido por el art. 318 bis con un interés supraindividual del que sería titular el colectivo de los ciudadanos extranjeros, interés que algunos concretan en su derecho a la integración social¹⁴, y otros en el estatuto jurídico del extranjero o, lo que es igual, en el conjunto de derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento jurídico español a los no nacionales¹⁵. De esta manera, la

¹³ Así, refiriéndose al carácter difuso de este bien jurídico, MARTÍNEZ BUJÁN, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 500.

¹⁴ Así, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración y Derecho Penal*, Valencia, 2002, p. 332.

¹⁵ En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.^a José, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 58; NAVARRO CARDOSO, Fernando, «Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Revista Penal*, n.º 10, 2002, pp. 45 y ss. Este último autor concreta el objeto de tutela en los llamados «derechos sociales» constitucionalmente reconocidos: reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga, derechos todos ellos que constituirían la base para la integración social de los extranjeros. Cuesta comprender, sin

prohibición penal de cuantas conductas se vinculan con el desplazamiento o permanencia irregular de extranjeros en España vendría a explicarse como una medida tomada en beneficio del propio colectivo de inmigrantes en tanto permitiría evitarles llegar a nuestro país en condiciones que hacen particularmente difícil su acceso a los derechos y libertades públicas.

Sin negar la evidencia de que las situaciones de clandestinidad favorecen la marginación social de los inmigrantes, resulta algo contradictorio, sin embargo, intentar transmitir la idea de preocupación por sus derechos y libertades precisamente apelando a un instrumento destinado a obstaculizar el cumplimiento de su objetivo prioritario, cual es la entrada y permanencia en el territorio elegido para emigrar. Ninguna duda cabe, desde luego, de que el mejor modo de impedir la marginación social de un colectivo es evitando su existencia —si no hay inmigrantes irregulares no se plantearán problemas de goce y disfrute de los derechos reconocidos a los extranjeros por el ordenamiento jurídico¹⁶—, pero asociar esta idea con un beneficio para las propias personas excluidas es una tarea harto compleja. Si a alguien favorecen las medidas destinadas a evitar la presencia irregular de extranjeros en territorio nacional no es precisamente a estos ciudadanos, sino más bien al órgano encargado de controlarlos, es decir, al Estado. De ahí que una mínima dosis de realismo obligue a reconocer que en la decisión políticocriminal de penalizar las conductas relacionadas con el tráfico de seres humanos ha influido, siquiera sea parcialmente, la —legí-

embargo, por qué se atribuye a las personas que promueven, favorecen o facilitan el tráfico ilegal de extranjeros la principal responsabilidad en la falta de disfrute por parte de los inmigrantes clandestinos precisamente de aquellos derechos. Qué duda cabe de que el hecho de colaborar con la presencia de extranjeros en situación irregular repercute sobre la posibilidad de éstos de acceder a los derechos sociales, sobre todo teniendo en cuenta las limitaciones que al respecto establece la LODYLE, pero no más de lo que repercute en otros aspectos, como la posibilidad de verse inmersos en el mercado laboral clandestino o de encontrar serias dificultades para acceder a una cobertura médica integral, etc.

¹⁶ Al menos no en el sentido que alegan los partidarios de la postura aquí comentada, cuya argumentación parece centrarse en las barreras legales existentes en nuestro ordenamiento para el acceso a ciertos derechos por parte de los extranjeros que se encuentren en el país en situación irregular. En cambio, incluso partiendo del hipotético supuesto que se plantea en el texto —es decir, la inexistencia de inmigración clandestina—, podrían subsistir otro tipo de problemas relacionados con el disfrute de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad con los ciudadanos españoles, como de hecho sucede cuando los extranjeros —por su sola condición de tales y con independencia de la situación administrativa en la que se encuentren— son objeto de actos de discriminación o de otra clase de ataques racistas o xenófobos.

tima— pretensión del Estado de mantener bajo control los flujos migratorios¹⁷.

Con todo, tienen razón quienes opinan que ese interés supraindividual está adecuadamente atendido a través de las normas del Derecho administrativo, por lo que resultaría insuficiente por sí solo para justificar la intervención punitiva¹⁸. Pero dentro del muy variado espectro de conductas relacionadas con el desplazamiento y permanencia de extranjeros en condiciones irregulares, existen ciertos supuestos en los que ya no está sólo en juego el interés del Estado por controlar el movimiento clandestino de inmigrantes, sino además —y sobre todo—, la propia dignidad de estas personas, situación que sin duda se produce cuando se las convierte en objeto de tráfico. En efecto, cuando el traslado clandestino —sea o no consentido— se realiza en el contexto de un proceso de intermediación, el extranjero queda reducido a la condición de mercancía u objeto de intercambio, posición que resulta claramente incompatible con la idea de dignidad personal¹⁹. Surge así una poderoso razón para justificar la penalización de los comportamientos asociados al tráfico ilegal de personas: ya no se trata sólo —ni en primera línea— de proteger el interés genérico de la Administración por tener bajo control el desplazamiento de extranjeros sino, sobre

¹⁷ En este sentido, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, «La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal», en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 355; GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, «Delitos contra los derechos de los extranjeros (artículo 318 bis del Código Penal)», en *Actualidad Penal*, 2002, pp. 732 y ss., autores que apelan a la naturaleza pluriofensiva del art. 318 bis. También asigna un papel sustancial al interés del Estado en el control de los flujos migratorios, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, «Ley de extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, n.º 5261, 2001, p. 2, si bien esta autora, partiendo del carácter socioeconómico del fenómeno de la inmigración, reconduce aquel interés a un bien jurídico más genérico: el orden socioeconómico.

¹⁸ Así, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p.1161. También NAVARRO CARDOSO, *Observaciones*, cit., p. 44, quien con razón afirma que el Derecho penal no puede convertirse en instrumento para el desarrollo de las políticas públicas, función que corresponde al Derecho administrativo.

¹⁹ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *Comentarios*, cit., p. 1161. Expresó de modo muy convincente esta idea, aunque refiriéndose al supuesto más concreto de inmigración laboral clandestina, la STS de 5 de febrero de 1998, donde se expone que las actuales organizaciones dedicadas a la inmigración clandestina de personas provenientes de los países económicamente más desfavorecidos abusan «del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes... convirtiéndolos de hecho en mercancía fácil y reprochable explotación», para luego añadir que con tales actividades se pone en peligro «el derecho de los trabajadores a que sea respetada su libertad y seguridad y, en última instancia, su dignidad de personas».

todo, de asegurar la tutela adecuada a un bien jurídico consustancial al ser humano: la integridad moral²⁰ de las personas sometidas a las operaciones —lucrativas o no— de tráfico de inmigrantes²¹.

La particular trascendencia de este bien jurídico explica, además, la irrelevancia del consentimiento de las víctimas del tráfico como posible causa de exclusión de la pena, pues su directa vinculación con la idea de dignidad personal lo convierte en un bien indisponible por sus titulares. De ahí la justificación de que se pongan bajo pena incluso aquellos supuestos en los que el inmigrante decide libremente someterse a las condiciones de traslado que lo convierten en objeto de tráfico²².

Una posible objeción a este punto de vista podría derivarse de la ubicación sistemática del delito de tráfico de personas, ciertamente alejado del Título del Código penal relativo a los delitos contra la integridad moral —Título VII, Libro II CP— e inserto en un Título autónomo en el que el legislador expresamente apunta a «los derechos de los ciudadanos extranjeros» como objeto de tutela. Sin embargo, no es difícil descubrir que esta opción político-legislativa poco ha tenido que ver con una serena reflexión sobre el bien jurídico protegido por el nuevo art. 318 bis, siendo más bien el resultado del parentesco de este delito con otras figuras anteriores del Código penal a la que venían acudiendo los tribunales para sancionar los supuestos de tráfico de personas antes del año 2000, en particular, el ya mencionado delito de promo-

²⁰ Se entiende aquí el contenido del bien jurídico integridad moral en el sentido propuesto por DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis —«Torturas y otros atentados contra la integridad moral», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998, pp. 70 y ss.—, quien la vincula de forma directa con la dignidad en tanto fundamento de la libertad moral y la personalidad del ser humano, concepto que permite incluir todos aquellos actos de instrumentalización de las personas que impliquen su envilecimiento y humillación, su cosificación, en suma. Incluye además un cierto contenido violento en el ataque, como característica del atentado contra la integridad moral, DÍAZ PITA, M.^a del Mar, «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XX, 1997, p. 64. De otra opinión, tomando distancia respecto de la dignidad personal, MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, 1999, pp. 22 y s.

²¹ En un sentido semejante al propuesto en el texto, se refiere a la dignidad humana como bien jurídico protegido, VILLACAMPA ESTIARTE, *Comentarios*, cit., p. 1162.

²² El carácter individual del bien jurídico aquí propuesto no es obstáculo para postular la intrascendencia del consentimiento como causa de exclusión de la pena, pues es opinión común que la dignidad personal es un atributo consustancial a la persona y, como tal, irrenunciable por su titular. Extraen, sin embargo, la irrelevancia del consentimiento de la naturaleza «colectiva» de un bien jurídico fundado en los derechos de los extranjeros como grupo social, SERRANO PIEDECASAS, *Los delitos*, cit., p. 337; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos*, cit., p. 60.

ción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España —art. 313.1 CP—. Si bien el legislador fue consciente de la inconveniencia de incluir el nuevo precepto entre los «delitos contra los derechos de los trabajadores» —al que pertenece el art. 313—, parece que de todos modos quiso dejar constancia del vínculo entre los dos preceptos y, tal vez traicionado por el hecho cierto de que en la actualidad la inmensa mayoría de las personas sometidas a las operaciones de tráfico son inmigrantes en busca de trabajo, optó por situar el nuevo Título inmediatamente después del destinado a regular los atentados contra los derechos de los trabajadores²³.

Otro posible reparo a la idea de erigir a la integridad moral en objeto de tutela del art. 318 bis podría apuntar a que al tratarse de un bien jurídico que el Derecho penal reconoce a todas las personas con total independencia de su nacionalidad o situación administrativa, deberían bastar aquí los preceptos generales destinados a proteger este aspecto de la personalidad, sin que sea preciso crear un delito específico para amparar a los extranjeros²⁴. Sin embargo, la existencia de un tipo genérico destinado a captar los atentados a un determinado bien jurídico nunca ha sido un obstáculo en Derecho penal para que se tipifiquen conductas concretas de lesión o puesta en peligro de ese mismo objeto de tutela si de la puesta en relación de esos comportamientos con el bien jurídico se deriva una particular gravedad del hecho necesitado de una respuesta punitiva más intensa. Sin ir más lejos, eso sucede en el propio Título VII, Libro II, del Código penal —relativo a los delitos contra la integridad moral— a cuya figura genérica del art. 173 le sigue un supuesto específico y especialmente grave de lesión de la integridad como es la tortura. Y algo similar cabe postular respecto del art. 318 bis: si bien muchas conductas de promoción o favorecimiento del tráfico ilegal de personas podrían subsumirse en el art. 173 CP —a título de consumación o tentativa, según los casos—, parece razonable que el legislador haya optado por la creación de un tipo penal específico y más grave que aquél en la medida en que nos encontramos ante un atentado a la integridad moral de profunda intensidad, cuya especialidad reside precisamente en la condición de extranjeros de las personas sometidas al tráfico, condición que las convierte en sujetos parti-

²³ Encuentra otra explicación, sin embargo, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ley de extranjería*, cit., p. 2, para quien la ubicación sistemática del nuevo delito se explica por tratarse, en su opinión, de una figura destinada a proteger el orden socioeconómico.

²⁴ Véanse en este sentido, aunque en referencia al conjunto de derechos fundamentales directamente asociados a la personalidad —vida, libertad, integridad, entre otros—, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ley de extranjería*, cit., p. 2; NAVARRO CARDOSO, *Observaciones*, cit., p. 49.

cularmente vulnerables a estas prácticas inhumanas. Además, sólo mediante esta técnica de tipificación expresa es posible asociar a aquella conducta básica una serie de supuestos de limitación o puesta en peligro de otros bienes esenciales de la personalidad —como la vida, salud o libertad— que con frecuencia vienen a aumentar todavía más la gravedad de esta clase concreta de atentados a la integridad moral de las personas²⁵.

En síntesis, el art. 318 bis se justifica por su finalidad protectora de un bien jurídico de naturaleza individual: la integridad moral de los ciudadanos extranjeros sometidos a las conductas de tráfico. Sin perjuicio de ello, parece concurrir, además, siquiera sea de modo complementario, un interés de carácter supraindividual: el interés del Estado en el control de los movimientos migratorios. Junto a estos dos presupuestos básicos, el legislador ha tenido en cuenta, a la hora de configurar los comportamientos prohibidos, la posible implicación de otros bienes jurídicos de gran trascendencia social, tales como la vida o la integridad física de las víctimas del tráfico, lo que ha dado lugar a un complejo sistema de agravantes basado en las condiciones peligrosas del traslado, en las características de especial vulnerabilidad de las víctimas o en otras circunstancias igualmente reprochables²⁶.

4. Estructuras típicas y elementos esenciales del delito de tráfico de personas

El conjunto de intereses tutelados por el art. 318 bis ha dado lugar a una compleja estructura que abarca diversos grados de comportamientos ilícitos.

²⁵ Todo ello reflejado en las distintas circunstancias agravantes recogidas en el art. 318 bis CP.

²⁶ Para GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA —*Delitos*, cit., p. 733— estos bienes jurídicos —vida, integridad física, libertad— representan el aspecto individual del complejo objeto de tutela del art. 318 bis, cuya vertiente colectiva estaría situada en el interés del Estado en el control de la inmigración. Conscientes, sin embargo, de la debilidad de este criterio ante la evidencia de que el tipo básico de tráfico ilegal de personas no requiere ni la lesión ni la puesta en peligro concreto de alguno de los bienes arriba mencionados —todos ellos asociados a las diversas circunstancias agravantes—, estos autores acaban decantándose por construir un tipo pluriofensivo parcialmente configurado como delito de peligro abstracto. Así, las conductas de tráfico ilegal de personas no asociadas a ninguna circunstancia peligrosa para la vida o salud de los inmigrantes ni lesivas de su libertad, sólo quedarían abarcadas por el tipo básico del art. 318 bis si, además de la consustancial agresión a la política migratoria del Estado, suponen un peligro abstracto para alguno de aquellos bienes individuales.

El tipo básico, descrito en el art. 318 bis 1, consiste en promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España. Las penas aplicables en este caso se concretan en prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

Estas conductas se ven sometidas a un primer nivel de agravación —que eleva las penas a prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses— por dos órdenes distintos de causas: a) por la concurrencia de ánimo de lucro, o b) por la concurrencia de determinadas formas de comisión, en concreto, cuando ha mediado violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de necesidad (art. 318 bis 2).

A su vez, los números 3 y 4 del citado precepto prevén la imposición en su mitad superior de las penas de cualquiera de los dos supuestos arriba mencionados —según concorra o no alguna de las circunstancias del párrafo anterior— en los tres casos siguientes: a) cuando por la forma de comisión del hecho se hubiera puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las víctimas del tráfico; b) cuando la víctima sea menor de edad y c) cuando el responsable de los hechos sea autoridad o funcionario público y se prevalga de esa condición. En este último caso se aplica, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Por último, cualquiera de las penas resultantes de la aplicación de las reglas anteriores —sean las del tipo básico o las de un supuesto agravado— se elevan a su grado superior cuando el responsable de los hechos pertenezca a una organización o asociación —aunque sea transitoria— dedicada al tráfico de personas (art. 318 bis 5).

A modo de complemento de este conjunto de conductas prohibidas, la LODYLE modificó también el art. 515 del Código penal, añadiendo como supuesto específico de asociación ilícita aquellas «que promuevan el tráfico ilegal de personas» (art. 515. 6.º). Se trata, en realidad, de una modificación superflua de contenido puramente testimonial, pues una vez tipificado el delito de tráfico de personas, los casos de asociación para cometerlo quedan automáticamente recogidos por el n.º 1 del art. 515, según el cual se consideran asociaciones ilícitas «las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión». Algunos autores apuntan, además, a la falta de necesidad de poner bajo pena este supuesto concreto de asociación ilícita en la medida en que el mismo comportamiento quedaría captado ya — y con pena más elevada— por el n.º 5 del 318 bis, en cuya virtud puede castigarse hasta con seis años de prisión a quienes realicen los actos de promoción o favorecimiento del tráfico ilegal de personas formando parte de una organización o *asociación*

dedicada a esos fines²⁷. Sin embargo, aunque es cierto que en la mayoría de los casos se dará esta superposición, el precepto relativo a la asociación ilícita no resulta en este punto totalmente superfluo, pues a través de esta figura quedarán alcanzadas por la prohibición penal aquellas personas que, aun sin haber realizado ningún acto concreto de promoción o favorecimiento del tráfico de personas, sean miembros de una organización dedicada a esas actividades²⁸. En esta medida existe un ámbito autónomo de actuación del art. 515.6.º —o del 515.1.º, si no se hubiese recogido el supuesto específico— que no se superpone ni queda captado por las disposiciones del art. 318 bis²⁹.

El núcleo del comportamiento prohibido consiste, pues, en promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal de personas. No es casual que para describir la conducta típica el legislador haya elegido verbos tan genéricos como los de favorecer o facilitar en lugar de acudir a la mucho más precisa idea de «traficar», pues con ello se pretende eludir cualquier resquicio de impunidad, asegurando que el delito abarque todos los comportamientos que implican una contribución, siquiera sea inesencial³⁰, a las operaciones de tráfico ilegal de personas³¹. Esta opción político-legislativa provoca, sin embargo, una peligrosa inde-

²⁷ Así NAVARRO CARDOSO, *Observaciones*, cit., p. 52, quien proponen en estos casos un concurso de leyes por alternatividad —art. 8.4.ª CP— que le lleva a conceder preferencia al art. 318 bis. La posibilidad de llegar a los seis años de prisión se extrae de la concurrencia, casi segura, de ánimo de lucro, lo cual permite tomar como punto de referencia la pena agravada del art. 318 bis 2 a efectos de la elevación en grado.

²⁸ Véase al respecto, señalando esta función general del delito de asociación ilícita, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 14.ª ed., cit., p. 790.

²⁹ Todo ello con independencia de que se considere político-criminalmente adecuada esa ampliación del contexto punitivo, cuestión ciertamente discutible. Véase, en sentido crítico en relación a la propia existencia del delito de asociación ilícita en los amplios términos recogidos en nuestra legislación, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita», en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA, *Delincuencia organizada*, cit., pp. 178 y ss.

³⁰ Esta técnica legislativa es ya conocida entre nosotros. El caso paradigmático lo constituye el delito de tráfico de drogas (art. 368 CP), para cuya definición el legislador deliberadamente recurrió a los conceptos de promover, favorecer y facilitar con el fin de incluir en el tipo «cualquier contribución, por mínima que fuera», al consumo de estas sustancias —véase críticamente al respecto, Díez RIPOLLÉS, José Luis, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Madrid, 1989, p. 60—. También críticamente sobre el alcance de estos términos y su aptitud para dar lugar a tipos abiertos y de «progresión delictiva» —esto es, capaces de captar con la misma pena las conductas de tentativa y de consumación en sentido material—, JOSHÍ JUBERT, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Barcelona, 1999, p. 99.

³¹ Se muestra crítico respecto a esta excesiva amplitud del tipo, BARBER BURUSCO, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Granada, 2002, p. 450.

terminación del ámbito del tipo siempre censurable desde el punto de vista del principio de legalidad, pues quedan equiparados a efectos punitivos todos los comportamientos que impliquen tomar la iniciativa o ayudar de cualquier forma al tráfico ilegal de personas³².

Para reducir ese alto grado de indeterminación se hace necesario precisar con el mayor rigor posible el objeto sobre el que han de recaer aquellas conductas típicas, es decir, el concepto de «tráfico» de personas. Dos son las posibilidades que se abren en este sentido: una primera alternativa, sin duda la más amplia, consiste en entender la idea de tráfico como sinónimo de cualquier movimiento o desplazamiento de personas³³; la segunda posibilidad, de carácter restrictivo, viene a identificar el concepto legal de tráfico con las operaciones de intermediación en el traslado de ciudadanos³⁴. La primera versión presenta el serio inconveniente de extender de manera desmedida la materia de prohibición, dejando dentro del tipo incluso las ayudas aisladas y desinteresadas a cualquier extranjero que se encuentre de forma irregular en territorio español —como sería el caso de facilitar comida, abrigo o alojamiento a inmigrantes clandestinos llegados en pateras u otros medios semejantes—, colaboraciones que sólo de un modo muy artificioso podrían considerarse lesivas de la integridad moral de estas personas. Ante tales resultados, parece preferible acudir a la fórmula restrictiva, cuyos perfiles, además, se adaptan mejor a las características del bien jurídico tutelado por el art. 318 bis. En efecto, a poco que se evalúen las diversas situaciones relacionadas con el desplazamiento ilegal de inmigrantes desde la óptica del principio de dignidad personal, queda claro que no es el desplazamiento ilegal en sí el causante de la lesión de su integridad moral, sino el hecho de que sean reducidos a la condición de objeto de trato o mercancía. Por eso, la versión más adecuada a una interpretación teleológica del tipo es aquella

³² Así, SERRANO PIEDECASAS, *Los delitos*, cit., p. 335.

³³ De esta opinión, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos*, cit., p. 63; BARBER BURUSCO, *Enciclopedia*, cit., p. 450; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ley de extranjería*, cit., p. 2.

³⁴ Esta segunda alternativa permitiría todavía otra restricción consistente en identificar la idea de «tráfico» con el acto de «comerciar» con seres humanos, criterio que vendría a incorporar el ánimo de lucro como elemento consustancial a la conducta típica —véase, sobre las diversas alternativas, BAYLOS/TERRADILLOS, *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 84; optan por esta concepción en relación al art. 312.1, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, *Derecho Penal, Parte Especial*, 3.ª ed., Valencia, 1999, p. 611—. Sin embargo, la propia estructura del art. 318 bis excluye la posibilidad de adoptar aquí este criterio particularmente restrictivo, pues al incluirse el ánimo de lucro como circunstancia agravante, queda claro que no se trata de un elemento esencial para dar forma al concepto de tráfico definido en el tipo básico.

que identifica el tráfico con las operaciones de intermediación en el movimiento de extranjeros³⁵.

Obviamente, para que las conductas de favorecimiento o promoción del tráfico así entendido queden abarcadas por el tipo, será preciso, además, que las operaciones de traslado de inmigrantes se realicen fuera de los cauces legales relativos a la entrada, permanencia o salida de extranjeros del territorio español³⁶. Sólo en ese caso podrá hablarse de tráfico «ilegal» de personas, tal como exige el tipo legal.

De todos modos, las restricciones propuestas a partir de una estricta interpretación del concepto de tráfico no son suficientes para eludir otros serios inconvenientes derivados de la tan genérica definición legal de las acciones prohibidas. Particulares dificultades ocasiona esta técnica de cara a distinguir los grados de participación en el delito. Así, dado que el núcleo del comportamiento típico no reside en «traficar» sino en promover, favorecer o facilitar ese tráfico, prácticamente cualquier contribución a una operación de traslado ilegal de extranjeros dará lugar a la realización del tipo a título de autor, sin que apenas puedan vislumbrarse supuestos de cooperación necesaria³⁷, complicidad o inducción. Ciertamente, esta estrategia legislativa tiene la ventaja de posibilitar de modo indiscutible la calificación como autores de quienes, sin tomar parte directa en el hecho, organizan y dirigen las operaciones —los jefes de las bandas de traficantes, por ejemplo—; pero, a cambio, desvirtúa seriamente la vigencia del principio de proporcionalidad en tanto viene a equiparar conductas de gravedad muy

³⁵ Esta interpretación no deja fuera del tipo al organizador y traficante principal —como sugiere RODRÍGUEZ MESA, *Delitos*, cit., p. 62—, pues su comportamiento queda abarcado por la idea de «promoción» del tráfico recogida en primer término en la relación de conductas típicas. Por otra parte, no puede admitirse la propuesta de ÁLVAREZ ÁLVAREZ —*La protección*, cit., p. 356— de reducir el concepto de tráfico a los supuestos de organización criminal, siquiera sea «rudimentaria», pues el art. 318 bis deja claro que este supuesto constituye una circunstancia de agravación —prevista en el n.º 5— y no un elemento constitutivo del tipo básico.

³⁶ Resulta difícil establecer restricciones típicas a partir del concepto de «ilegalidad», pues se trata de un elemento normativo que remite sin más al conjunto de disposiciones administrativas sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros del territorio español. De ahí que no se pueda compartir la loable propuesta de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS —*Ley de extranjería*, cit., p. 3— de reservar el delito del art. 318 bis para los supuestos de infracción de las normas administrativas de mayor importancia en este campo, reconduciendo el resto de supuestos a la infracción administrativa del art. 54.1.b) LODYLE.

³⁷ En opinión de MORILLAS CUEVA —en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 2000, p. 573— el término favorecer supone la «transformación de la cooperación en autoría».

diversa³⁸. Así, v. gr., quedarán asimilados en responsabilidad penal el capitán del barco que traslada a los extranjeros en condiciones denigrantes y la persona que se limita a proporcionar un lugar para ocultarlos a su llegada. Tanto uno como otro realizan actos de «favorecimiento» del tráfico ilegal de inmigrantes y, por tanto, quedan comprendidos en el círculo de autores. Con todo, ante tan difícil panorama, es de esperar que al igual que sucedió en su momento con el delito de tráfico de drogas, también aquí la jurisprudencia imponga criterios teleológicos de interpretación capaces de restringir al menos en cierta medida³⁹ estos despropósitos legislativos tan poco adecuados a los principios de un Estado de Derecho.

Algo similar sucede con los grados de ejecución. Observado el precepto en un sentido estrictamente literal, podría pensarse —como de hecho se ha sostenido en la doctrina— que cualquier comportamiento de promoción o favorecimiento del tráfico ilegal de personas consuma ya el delito, sin necesidad siquiera de que un extranjero entre, permanezca o salga de territorio español⁴⁰. Sin embargo, una interpretación acorde con el objeto de tutela aquí definido impone una respuesta diferente, pues aun cuando la simple realización de actos de favorecimiento o promoción —por ejemplo, acondicionar las bodegas de un camión para ocultar inmigrantes o contactar con taxistas dispuestos a transportarlos dentro del territorio español— puedan suponer ya una cierta perturbación de los mecanismos de control estatal de los flujos migratorios, es evidente que sólo cuando estos actos vayan seguidos del efectivo movimiento de inmigrantes desde, en tránsito o con destino a España se habrá producido la lesión del bien jurídico que justifica en primera línea la existencia del delito: la integridad moral

³⁸ Así también, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ley de extranjería*, cit., p. 2.

³⁹ Siguiendo la tesis jurisprudencial del «favorecimiento del favorecedor», desarrollada en relación al tráfico de drogas para calificar como mera complicidad algunos supuestos de colaboración mínima con los autores, cabría quizás admitir esta forma de participación en supuestos tales como el de proporcionar alojamiento a algún miembro de la red de tráfico que debe pernoctar en un lugar cercano a la costa la noche antes de recoger a los inmigrantes en la playa o la mera indicación de las personas que pueden ayudar a un extranjero a entrar ilegalmente en el país —casos todos ellos extraídos de situaciones análogas en el tráfico de drogas. Véase al respecto, con abundante información, JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas*, cit., pp. 265 y ss.—

⁴⁰ Se trata de una posición muy extendida entre quienes califican a esta figura como delito de peligro abstracto. Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ley de extranjería*, cit., p.3. Siguen igualmente la tesis del peligro abstracto, SERRANO PIEDECASAS, *Los delitos*, cit., p. 336; NAVARRO CARDOSO, *Observaciones*, cit., p. 44; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos*, cit., p. 86.

de las víctimas del tráfico⁴¹. Por eso, sólo en este caso cabrá hablar de consumación⁴². Cuando falte ese resultado estaremos ante actos de tentativa si las conductas realizadas representan un peligro cercano para los bienes jurídicos tutelados⁴³ o, en caso contrario, frente a simples actos preparatorios impunes.

Todas las limitaciones propuestas en los párrafos anteriores se dirigen a acotar el delito de tráfico de personas dentro de unos cauces acordes con la idea de *ultima ratio* característica del Derecho penal. Sin embargo, la tarea no es fácil en el contexto de una legislación donde, pese a existir una infracción administrativa concerniente a la misma materia, ni siquiera se ha tenido la precaución de reservar el tipo penal para los supuestos valorativamente más reprochables. Llama la atención, en efecto, que el art. 54.1.b) LODYLE sólo recoja como infracción administrativa los supuestos más graves del art. 318 bis, en concreto, las conductas consistentes en inducir, promover, favorecer o facilitar la inmigración clandestina de personas formando parte de una organización y con ánimo de lucro, características éstas que en el ámbito penal adquieren únicamente el carácter de circunstancias agravantes. Se llega así a una sorprendente inversión de los criterios generalmente admitidos en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador: en lugar de acoger este último las conductas menos graves de tráfico ilegal de inmigrantes —es decir, aquellas respecto de las cuales una sanción penal podría resultar desproporcionada o sencillamente innecesaria—, es el precepto penal el que asume esa función de recogida, configurando un tipo básico de delito de tráfico de personas donde caben todos los comportamientos previstos en la infracción administrativa más otros de menor gravedad⁴⁴.

⁴¹ Esto supone tomar partido por la caracterización de esta figura como delito de lesión y no de peligro —como, en cambio, propone la doctrina mayoritaria—, solución directamente vinculada a la configuración del bien jurídico aquí propuesta.

⁴² También exige el inicio del desplazamiento de las víctimas del tráfico, si bien a partir de argumentos diferentes a los propuestos aquí, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos*, cit., pp. 86 y s.

⁴³ Ello requiere que al menos se haya entrado en contacto con alguna persona decidida a realizar el viaje. Si ni siquiera se ha llegado a ese punto —como sería el caso de quien simplemente inserta un anuncio en la prensa ofreciéndose para tramitar la documentación necesaria para el viaje sin que nadie conteste a su ofrecimiento (ejemplo calificado como tentativa por RODRÍGUEZ MESA, *Delitos*, cit., p. 87)— estaremos ante un mero acto preparatorio impune.

⁴⁴ Sin perjuicio de contener algún supuesto no necesariamente menos grave pero tal vez inapropiado a una Ley reguladora exclusivamente de la situación de los extranjeros, como es el caso del tráfico de personas «desde» España hacia otro país. Este caso, recogido en el Código penal y no así en el art. 54.1.b) LODYLE puede plan-

Al margen de la incongruencia político-legislativa de tal solución, es obvio que el art. 54.1.b) LODYLE pierde así prácticamente toda posibilidad de aplicación, pues, como bien aclara el propio precepto, siempre tendrá preferencia la infracción penal⁴⁵.

5. Problemas concursales

Pero el art. 318 bis no sólo plantea problemas de superposición con infracciones administrativas. Dentro del propio Derecho penal se presenta más de un problema concursal entre el delito de tráfico de personas y otras figuras delictivas de contenido parcialmente coincidente.

Tal es el caso, como ya se adelantó, del art. 188.2 CP, en cuya virtud se castiga la conducta de favorecer la entrada, estancia o salida de personas de territorio español con fines de su explotación sexual mediando violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Se trata, en realidad, de un supuesto específico de tráfico de personas caracterizado por dos circunstancias: ante todo, por la limitación de los medios comisivos a una serie de situaciones incompatibles con la libertad de decisión de las víctimas del tráfico; y, en segundo lugar —aunque no menos importante—, por la concurrencia en los autores de una finalidad concreta que convierte a estas personas en objeto de trato sexual o, si se prefiere, en mercancías sexuales.

Este claro contacto valorativo del art. 188.2 con el contenido y finalidad del art. 318 bis explica que un sector muy amplio de la doctrina, al que me adhiero, haya optado aquí por la solución del concurso de leyes a resolver por especialidad a favor del primero de los preceptos mencionados⁴⁶.

tear, además, serias dudas sobre la posibilidad de reducir el círculo de sujetos pasivos del art. 318 bis a los ciudadanos extranjeros —en sentido favorable a la inclusión de nacionales, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ley de extranjería*, cit., p. 3; en contra, basándose en la denominación del Título XV bis, SERRANO PIEDECASAS, *Los delitos*, cit., p. 335—. En todo caso, tiene razón VILLACAMPA ESTIARTE —*Comentarios*, cit., p. 1169— cuando descarta la posibilidad de que un nacional sea sujeto pasivo de este delito en la medida en la que un elemento esencial del tipo lo constituye la «ilegalidad» del movimiento de las personas objeto del tráfico, circunstancia que no podría predicarse de quienes tienen pleno derecho a la libre circulación dentro, hacia o desde el territorio español.

⁴⁵ Véase al respecto, AJA y otros, *La nueva regulación de la inmigración en España*, Valencia, 2000, p. 153.

⁴⁶ Así, SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, Parte Especial*, 7.ª ed., Madrid, 2002, p. 591; VILLACAMPA ESTIARTE, *Comentarios*, cit., p. 1161; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ley de*

Sin embargo, no faltan voces autorizadas partidarias del concurso de delitos. Esta postura arranca de la consideración del art. 188.2 como una figura protectora, ante todo, de la libertad sexual de las víctimas del tráfico⁴⁷, punto de partida que permitiría postular su independencia respecto del art. 318 bis debido a la nítida diferenciación de bienes jurídicos tutelados. Desde luego, nada habría que objetar a esta solución si se compartieran sus premisas. Pero precisamente en este punto inicial es donde surgen algunas dudas. Y no porque se ponga en cuestión la evidente implicación de la libertad sexual en el fundamento punitivo del art. 188.2 —de hecho, es la finalidad de explotación sexual de las víctimas del tráfico lo que marca la diferencia entre este precepto y el art. 318 bis (o el 313.1, en su caso)⁴⁸—, sino porque ese dato no parece suficiente para justificar por sí solo la equiparación punitiva de un supuesto concreto de puesta en peligro de la libertad sexual con otros muchos casos donde se exige la lesión del mismo bien jurídico⁴⁹.

extranjería, cit., p. 4; GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, *Delitos*, cit., pp. 748 y s.; NAVARRO CARDOSO, *Observaciones*, cit., aunque sólo para el tipo básico del art. 318 bis. También adopta la tesis del concurso de leyes la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2002, relativa a las «Aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería».

⁴⁷ Son muchos los autores que ven en el art. 188.2 un adelantamiento de las barreras de protección de la libertad sexual destinado a equiparar a efectos punitivos un supuesto concreto de tentativa del delito de determinación coactiva a la prostitución con los casos generales de consumación de esta figura (art. 188.1 CP). En esta línea, entre otros, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, cit., p. 366; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos*, cit., p. 31; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, PE*, cit., p. 233. También SUBIJANA ZUNZUNEGUI, «La inmigración ilegal y el Código Penal. En especial, el artículo 188 del Código Penal: tráfico de personas para su explotación sexual», en *Eguzkilore*, n.º 13, 1999, p. 33. No descarta la presencia de otros bienes jurídicos, MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual*, cit., p. 41. Por lo demás, los problemas concursales del art. 188.2 se complican, a su vez, cuando entra en consideración el delito de ejercicio coactivo de la prostitución —art. 188.1—, situación muy frecuente en la práctica si se tiene en cuenta que en muchos casos las mismas las redes de tráfico sexual de personas se ocupan de coaccionar a las inmigrantes clandestinas para que ejerzan la prostitución. Al respecto, véase, MAQUEDA ABREU —«La trata sexual de mujeres extranjeras: una aproximación jurisprudencial», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 5, 2002, pp. 447 y s.

⁴⁸ Así, con razón, ORTS BERENGUER, en VIVES y otros, *Derecho Penal, PE*, cit., p. 260; MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual*, cit., p. 44; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *La inmigración ilegal y el Código Penal*, cit., p. 33.

⁴⁹ En su momento, se pronunció en contra de la introducción de un precepto como el actual art. 188.2 por considerar suficientes las reglas generales sobre participación y tentativa en relación al delito de determinación coactiva a la prostitución —art. 188.2—, Díez RIPOLLÉS, «Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española», en *Revista Penal*, n.º 2, 1998, p. 21.

Si se quiere encontrar una explicación plausible para este salto punitivo ha de identificarse algún otro referente de valor capaz de añadir gravedad a la trata sexual de personas. Y es aquí donde surge con toda nitidez su relación con el art. 318 bis, pues ese *plus* de ilicitud se descubre sin dificultad en cuanto se atiende a la implicación de la integridad moral de las víctimas de la trata resultante de su sometimiento a la condición de objeto de intercambio al servicio de terceras personas. Esa instrumentalización de los seres humanos —en este caso con el fin de explotarlos sexualmente— proporciona la referencia de desvalor capaz de marcar las diferencias de los hechos previstos en el art. 188.2 respecto de cualquier otro supuesto de tentativa —o, incluso, de actos preparatorios— donde sólo se vea afectada la libertad sexual⁵⁰.

En otros términos: si algo justifica la presencia de un delito específico de trata sexual de personas con la amplitud y gravedad previstas en nuestro Código, ello es el grave atentado a la integridad moral resultante de la utilización de las víctimas del tráfico como mercancía sexual. De esta manera el fundamento punitivo de esta figura viene a coincidir en lo sustancial con el delito de tráfico de seres humanos —respecto del cual se presenta como un supuesto especial— y por eso tiene sentido la opción por el concurso de leyes a resolver, conforme a lo previsto en el art. 8.1.º CP, en favor del art. 188.2.

Con todo, es cierto que la identidad de penas entre este precepto y el párrafo segundo del art. 318 bis —que es el aplicable en este caso— no permite traducir en términos punitivos el mayor contenido de ilicitud de la trata sexual de personas derivado del peligro añadido para la libertad sexual de las víctimas de esta clase de tráfico⁵¹. Pero esta insatisfactoria consecuencia no es suficiente para convertir en un concurso de delitos aquello que por su naturaleza y características es un

⁵⁰ En este supuesto delictivo la implicación de la integridad moral de las víctimas del tráfico no aparece como un mero efecto secundario, consustancial a cualquier atentado contra la libertad sexual —y, de hecho, a todos los delitos lesivos de bienes jurídicos personalísimos—, sino que ocupa una posición predominante capaz de justificar y conceder autonomía a este delito frente a otras formas de agresión o puesta en peligro de la libertad sexual.

⁵¹ No sucede lo mismo en el caso de víctimas menores de edad, pues al menos cuando el fin de explotación sexual sea el de iniciar o mantener al menor en la prostitución, el art. 188.4 permite aplicar la pena superior en grado, llegándose así a una sanción más severa a la resultante de las reglas del art. 318 bis 3. En cambio, las penas vuelven a coincidir para los supuestos de comisión de los hechos por autoridad, agente de ésta o funcionario público —véanse, al respecto, los arts. 318 bis 4 (en relación al n.º 2) y 188.3, respectivamente.

concurso de leyes⁵². Qué duda cabe de que una técnica legislativa más depurada debió prever una pena más severa para el supuesto de trata sexual de personas, a fin de captar así la particular gravedad derivada del peligro añadido para la libertad sexual de las víctimas del tráfico⁵³. Pero esta disfunción punitiva es sólo una de las muchas incongruencias derivadas de una política legislativa poco reflexiva y algo precipitada en materia de protección de los derechos de los extranjeros.

Por lo demás, la ausencia en el art. 188.2 de una específica agravación para los casos de delincuencia organizada —al estilo de la prevista en el n.º 5 del art. 318 bis— no tiene por qué desembocar en un beneficio para quienes forman parte de las redes dedicadas a la trata sexual de personas, pues en tal caso será de aplicación, esta vez en concurso (real) de delitos, el art. 515.6.º relativo a las asociaciones ilícitas⁵⁴.

⁵² Salvo que se conciba el concurso ideal de delitos como un mecanismo para evitar la doble valoración —a efectos punitivos— en los casos de concurrencia de tipos penales emparentados entre sí —por la parcial superposición de injusto y culpabilidad—. Este punto de vista ha sido sostenido en Alemania por Puppe, véase al respecto GARCÍA ALBERO, Ramón, «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995, pp. 278 y ss. Pero no parece ser ésta la postura que está en la base de las opiniones sostenidas por la doctrina española en los supuestos concursales aquí analizados.

⁵³ Tal vez en este punto hubiera sido conveniente seguir el criterio de la legislación italiana que recoge la trata sexual como un supuesto agravado del delito de tráfico ilegal de personas. Véase al respecto, VILLACAMPA, *Comentarios*, cit., p. 1165.

⁵⁴ Así, MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual*, cit., p. 77, quien, sin embargo, se decanta por el concurso medial. Pero esta solución presenta el inconveniente de privilegiar al autor del hecho más grave, pues la pena resultante de la aplicación de sus reglas es menos severa a la prevista por el art. 318 bis, n.º 5. Llama la atención sobre este problema y para evitarlo propone un concurso de delitos entre el art. 188.2 y el 318 bis 5, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS —*Ley de extranjería*, cit., p. 4—. En mi opinión, esta última posición tampoco resulta fácil de sostener en tanto el contenido de injusto y culpabilidad de los arts. 188.2 y 318 bis coinciden en lo esencial, lo que significa que su aplicación conjunta —por las reglas del concurso de delitos— inexorablemente conduciría a un reprochable *bis in idem*. Sin embargo, tampoco hay motivos para resignarse con el discutible privilegio al que dan lugar las reglas del concurso medial entre los arts. 188.2 y 515.6.º Y ello porque en estos supuestos el mayor contenido de injusto de la conducta de tráfico sexual de personas no proviene del hecho de utilizar a la organización como medio para cometer el delito (o, al menos, no sólo por eso), sino porque la propia existencia de una asociación destinada a esos fines aumenta considerablemente el riesgo de comisión de esta clase de hechos. Es decir: la subsunción típica de la conducta en ambos preceptos responde a criterios independientes entre sí o, al menos, no relacionados por la idea de medio a fin característica del concurso medial. En esa medida, ningún obstáculo existe para apreciar un *concurso real* de delitos, solución que permite llegar a un resultado penológico adecuado al auténtico contenido de injusto y culpabilidad de este complejo suceso.

En otro orden de cosas, el art. 188.2 no es incompatible con el delito de abuso de mano de obra extranjera recogido en el art. 312.2 CP. La proliferación en los últimos años de locales de alterne donde viven y trabajan muchas inmigrantes clandestinas bajo condiciones penosas —tales como la retención de porcentajes abusivos de las ganancias, cobro de «multas» por bajo rendimiento, obligación de residir en el propio local pagando cantidades excesivas en concepto de alojamiento y manutención, horarios de trabajo muy superiores a los previstos en la legislación vigente, etc.— deja clara la insuficiencia de los preceptos penales relativos al ejercicio coactivo de la prostitución para captar la gravedad de tales hechos y por eso se justifica que la jurisprudencia menor, amparándose en la posibilidad abierta por el Tribunal Supremo de aplicar el art. 312.2 a los supuestos de contrato con causa ilícita⁵⁵, haya acudido en varias ocasiones a este precepto para sancionar los casos de explotación laboral vinculados al ejercicio de la prostitución de mujeres extranjeras sin permiso de residencia y trabajo⁵⁶. Esta posibilidad viene marcada por la circunstancia de que en estos casos las inmigrantes compatibilizan el ejercicio de la prostitución con otro tipo de tareas habituales —servicio de camarera, captación de clientes, limpieza, etc.— para cuya realización tienen asignado un horario fijo, jornada preestablecida y condiciones impuestas por el empleador, es decir, todas las características propias de una relación laboral de la que los propietarios de tales locales abusan con toda evidencia⁵⁷. Por eso, si quienes explotan de este modo a las prostitutas han contribuido, además, de alguna forma a su llegada a territorio español por medios clandestinos, nada impide que se aplique, en concurso real de delitos, el art. 188.2 CP⁵⁸.

El otro caso de concurrencia con el art. 318 bis lo protagonizan las conductas recogidas en el art. 313.1 CP, en cuya virtud se penaliza a

⁵⁵ Así, STS de 12 de abril de 1991.

⁵⁶ Téngase en cuenta, además, que hasta la introducción del art. 188.2 en el Código Penal por la LO 11/1999 la jurisprudencia apenas contaba con instrumentos idóneos para imponer sanciones penales a las redes de trata de mujeres dedicadas no sólo a introducirlas ilegalmente en España, sino también a explotarlas posteriormente en el ejercicio coactivo de la prostitución. Véase al respecto, ampliamente, MAQUEDA ABREU, «Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas», en LAURENZO COPELLO, *Inmigración y Derecho Penal*, cit., pp. 256 y ss.

⁵⁷ Así, Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos —Sección Primera— de 29 de octubre de 2001 y 27 de febrero de 2002.

⁵⁸ En este caso quedan excluidas, en mi opinión, las reglas más benignas del concurso medial (art. 77 CP) porque no se trata sólo de llevar a efecto el fin de explotación sexual de las víctimas del tráfico sino, además, de abusar de ellas en el aspecto laboral, circunstancia totalmente ajena al contenido de injusto del art. 188.2.

quien «promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España». Si bien en este supuesto, como ya se indicó, se tutela algo más que los derechos de los trabajadores extranjeros inmersos en las operaciones de traslado ilegal, no por ello deja de estar presente, en primera línea, el interés del Estado en proteger a estas personas frente a las condiciones generalmente abusivas que les esperan en el mercado clandestino de mano de obra. En consecuencia, el fin de este tipo penal no es totalmente ajeno al que da sentido al delito del art. 318 bis, ya que en última instancia ambos preceptos se dirigen a evitar la grave afectación de la integridad moral implícita en cualquier comportamiento que convierta a los seres humanos en objeto de tráfico⁵⁹, sin perjuicio de que el art. 313.1 tutela, además, otro tipo de intereses.

De ahí la justificación de acudir, también en este supuesto, a las reglas del concurso de leyes a resolver por especialidad (art. 8.1.^a CP) a favor del art. 313.1⁶⁰. Este precepto se presenta como ley especial en relación al art. 318 bis porque las conductas de promoción o favorecimiento de la inmigración ilegal no recaen aquí sobre cualquier ciudadano extranjero, sino únicamente sobre aquellos que reúnen las características necesarias para ser considerados «trabajadores», quedando así fuera del tipo, por ejemplo, los menores de muy corta edad o los ancianos incapacitados para ofrecerse como mano de obra en el mercado laboral.

Pero si esta la solución recibe una acogida prácticamente unánime cuando se trata de la confluencia del art. 313.1 con el tipo básico del 318 bis, no sucede lo mismo en cuanto concurren en el hecho alguna

⁵⁹ Se refiere a esta clase de conductas como nuevas formas de esclavitud, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español, P.E.*, 3.^a ed., Barcelona, 1996, p. 612. La jurisprudencia, por su parte, ha reconocido explícitamente la grave afectación a la dignidad humana consustancial a este tipo de actos. Muy significativa en esta línea la STS de 5 de febrero de 1998, donde se sostiene —en relación a las migraciones fraudulentas de trabajadores— que «el bien jurídico que se tutela... —el derecho de los trabajadores a que sea respetada su libertad y seguridad y, en última instancia, su *dignidad de personas*— se viola gravemente cuando... se les seduce (a los inmigrantes), abusando de su situación de necesidad y exigiéndoles a cambio una cantidad de dinero para ellos exorbitante, para que abandonen su país y vayan a otro que ofrece, en principio, mayores posibilidades de bienestar, pero en el que su condición de inmigrantes ilegales les expone con bastante probabilidad... a la marginación, el desarraigo y la aceptación forzada de condiciones de trabajo mucho más desfavorables a las que se tiene derecho en el país de recepción» (subrayado añadido).

⁶⁰ De esta misma opinión, ALVAREZ ÁLVAREZ, *La protección*, cit., p. 356. También, aunque con limitaciones, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ley de extranjería*, cit., p. 4, y NAVARRO CARDOSO, *Observaciones*, cit., pp. 50 y s.

de las múltiples circunstancias agravantes previstas en este último precepto. Piénsese, por ejemplo, en el traslado ilegal de trabajadores en condiciones concretamente peligrosas para su vida o su salud — arts. 313.1 y 318 bis.3—. El problema se plantea porque al no prever el delito de migraciones fraudulentas de trabajadores un catálogo de agravantes análogo al recogido en el art. 318 bis, su aplicación preferente en virtud de las reglas del concurso de leyes (por especialidad) impide contemplar la mayor gravedad del hecho derivada de la puesta en peligro de la vida o salud de las víctimas del tráfico. Para evitar tal resultado, algunos autores proponen sustituir en este caso las reglas del concurso de leyes por un concurso —ideal— de delitos, cuya justificación se busca en la incapacidad de cualquiera de los dos preceptos, separadamente considerados, para agotar el contenido íntegro de injusto y culpabilidad de la conducta delictiva⁶¹.

Se trata, sin duda, de un meritorio intento por corregir las incongruencias de una política legislativa apresurada y poco reflexiva. Pero, en mi opinión y como ya adelanté al referirme al art. 188.2, esta clase de disfunciones punitivas no pueden resolverse a costa de forzar la técnica de los concursos hasta el punto de asumir la doble valoración de un mismo núcleo de injusto y culpabilidad, situación que se produce si se admite la concurrencia delictiva de dos tipos penales coincidentes, en lo esencial, tanto en el bien jurídico como en las características de la acción y del resultado. El hecho de que a uno de ellos se añada una agravante inexistente en el otro no elimina la superposición —al menos parcial— de la desvaloración penal de la conducta, lo que impide la apreciación del concurso de delitos por imperativo del principio de *non bis in idem*⁶². Ciertamente es que las reglas penológicas del concurso ideal de delitos —art. 77 CP— permite llegar a una solución interme-

⁶¹ Coinciden en la solución de este supuesto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ley de extranjería*, cit., p. 4, y NAVARRO CARDOSO, *Observaciones*, cit., pp. 50 y s. La Fiscalía General del Estado, por su parte, en la mencionada Circular 1/2002, opta íntegramente por el concurso de leyes, pero se lamenta de la falta de previsión en el art. 313 de las agravantes contempladas en el más reciente art. 318 bis. Sin embargo, con razón señala esta Circular que tan notable defecto legislativo no conduce a resultados punitivos intolerables debido a la mayor severidad de la sanción prevista en el art. 313, que prácticamente en todos los casos queda por encima de las penas contempladas en el art. 318 bis, incluso de las agravadas. Sólo en el supuesto de pertenencia a una organización resultaría más grave la pena del art. 318 bis 5), pero el problema queda solucionado, concluye la Fiscalía, por la posibilidad de acudir adicionalmente a la figura de la asociación ilícita.

⁶² En general, sobre el alcance de este principio en su vertiente material y las distintas consecuencias en materia de concursos, véase el amplio estudio de GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*», cit., *passim*.

dia en virtud de la cual se consigue elevar la pena del delito más grave⁶³ sin llegar a la insostenible acumulación de sanciones propia del concurso real. Pero ese resultado penológico no justifica que se caiga en la «tentación de utilizar el concurso ideal de delitos como expediente para salvar conflictos normativos parciales»⁶⁴ al estilo del aquí analizado.

Estas reflexiones nos obligan a permanecer, pues, en el ámbito del concurso de leyes, si bien la presencia de alguna de las circunstancias agravantes del art. 318 bis debería hacer ceder al principio de especialidad en favor del de alternatividad al confluir un mismo supuesto de tráfico de personas contemplado por el legislador desde dos perspectivas distintas⁶⁵: en un caso atendiendo a las características de las víctimas del tráfico —«trabajadores»— y, en el otro, a las condiciones del traslado o a otras circunstancias de análoga significación. Con todo, esta solución, técnicamente más adecuada, carece en realidad de repercusiones prácticas pues, aun sin agravante alguna, el art. 313.1 prevé una pena más alta a la contemplada para la gran mayoría de los tipos agravados del art. 318 bis⁶⁶.

Por otra parte, tampoco se debe descartar la posible concurrencia del art. 318 bis.5 con el art. 515.6.º si el autor del delito de tráfico de personas pertenece a una organización o asociación dedicada a estos fines. Siguiendo una línea semejante a la establecida ya en otros contextos donde se presenta el mismo problema⁶⁷, la solución más adecuada nos conduce una vez más al concurso de leyes, a resolver en este

⁶³ «Absorción con agravación» llama a este efecto penológico CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid, 1992, p. 167.

⁶⁴ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 68.

⁶⁵ Sobre el espacio atribuido en nuestra legislación al principio de alternatividad (art. 8.4.ª CP), véanse, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, III, Madrid, 2001, pp. 318 y s.; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Comentarios*, cit., pp. 68 y s.

⁶⁶ Sólo en el caso de pertenencia a una organización —art. 318 bis.5— la pena puede quedar por encima de la prevista en el art. 313.1. También puede plantear algún problema la falta de previsión de la pena de inhabilitación absoluta en art. 313.1 para los casos de comisión del delito por autoridad o funcionario público —sanción sí contemplada en el art. 318 bis.4—. Tal dificultad puede suplirse, sin embargo, como se indica en la Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado, por su aplicación como pena accesoria en virtud de lo previsto en el art. 56 CP, a lo que podría añadirse la imposición de la agravante genérica del art. 22.7.ª

⁶⁷ Como es el caso del delito de tráfico de drogas. Véanse al respecto, por todos, VALLE MUÑOZ/MORALES GARCÍA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 1456.

caso a favor del art. 318 bis.⁶⁸ Si bien es cierto que esta solución reduce de modo radical el ámbito de aplicación del nuevo supuesto de asociación ilícita introducido por la LODYLE⁶⁹, parece claro que se trata del único camino transitable, en tanto la alternativa del concurso de delitos chocaría con los presupuestos materiales del *non bis in idem*⁷⁰.

Más allá de estas parciales coincidencias con figuras afines, no cabe duda de que el art. 318 bis también puede entrar en concurso de *delitos* con otros tipos penales cuyo contenido de injusto y culpabilidad excedan el alcance del precepto. Tal será el caso, en particular, de los delitos de homicidio y lesiones —dolosos o imprudentes, según las circunstancias— cuando de la operación de traslado se derive la muerte o un perjuicio para la salud de las víctimas del tráfico.

Por último, y en atención a la naturaleza individual del bien jurídico aquí seleccionado como principal fundamento del art. 318 bis, si en la operación de tráfico resulta implicada más de una persona —sin duda un supuesto muy habitual—, corresponderá apreciar las reglas del concurso ideal de delitos. El hecho de que estemos ante un claro supuestos de concurso *ideal* evita cualquier posible exceso punitivo, pues no parece excesivo aplicar la pena en su mitad superior cuando sean varias las víctimas de la trata degradante⁷¹.

⁶⁸ Es dudoso si se trata de un caso de especialidad (art. 8.1.^a) o de subsidiariedad tácita (art. 8.2.^a), si bien este asunto es secundario en tanto la solución a la que conducen ambos principios es en este supuesto idéntica: la preferencia del art. 318 bis 5.

⁶⁹ Y del más genérico supuesto del art. 515.1.^a, como bien apunta en sentido crítico QUINTERO OLIVARES, *La criminalidad organizada*, cit., p. 190. De todos modos, quedaría un cierto campo de actuación autónoma del art. 515.6 en los supuestos de personas que, sin intervenir en una operación concreta de tráfico, formen parte de una asociación dedicada a esos fines o hayan sido sus fundadores, aunque la punición de tales conductas resulta altamente discutible desde el punto de vista político-criminal.

⁷⁰ También de este punto de vista, señalando, no sin razón, que la fórmula del art. 515.6.^a se convierte así en un caso más de utilización simbólica del Derecho penal, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ley de extranjería*, cit., p. 4.

⁷¹ Sin embargo, algunos autores recurren a un bien jurídico colectivo precisamente para evitar el resultado propuesto en el texto y postulan la existencia de un único delito con independencia del número de personas afectadas —así, explícitamente, SERRANO PIEDECASAS, *Los delitos*, cit., p. 337; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos*, cit., p. 60—. También de esta opinión RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ley de extranjería*, cit., 3; Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado, cit., y VILLACAMPA ESTIARTE, *Comentarios*, cit., p. 1169, quien, sin embargo, no puede acudir al argumento del bien jurídico por decantarse a favor de un objeto de tutela individual (la dignidad personal). En su lugar, esta autora se adhiere a la postura mayoritaria por un argumento gramatical: la mención en el art. 318 bis del término «personas» en plural.

6. Valoración urgente de una reforma en curso

Encontrándose este trabajo en fase de corrección de pruebas, entró en las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica «de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros»⁷², que contiene importantes modificaciones del art. 318 bis del Código penal, con repercusiones además para el delito de tráfico sexual de personas actualmente regulado en el art. 188.2 CP.

Sin duda, el primer dato que llama la atención en el Proyecto es la elevación general de las penas a más del doble de las recogidas en el texto vigente, de manera tal que no queda en toda la figura delictiva ni una sola pena de naturaleza menos grave, concretándose la sanción de partida en la pena de cuatro a ocho años de prisión. La Exposición de Motivos justifica tan notable incremento punitivo en las directrices trazadas por la Unión Europea de cara a armonizar la normativa relacionada con el tráfico de personas en todos los Estados miembros y, en particular, en la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002, donde se hace referencia a la pena de ocho años de prisión como uno de los criterios de armonización en materia sancionatoria. Sin embargo, a poco que se lea con atención la mencionada Decisión Marco, queda al descubierto que ese criterio punitivo está pensado para situaciones mucho más graves que las recogidas en el tipo básico del art. 318 bis. Porque el texto europeo sólo exige que el máximo de la pena privativa de libertad no quede por debajo de los ocho años cuando concorra ánimo de lucro y el autor pertenezca a una organización o el traslado se realice en condiciones peligrosas para la vida de las personas, características todas ellas que en el Código español no pertenecen al tipo básico sino a las figuras agravadas. Así las cosas, y teniendo en cuenta la gran amplitud del tipo básico del art. 318 bis, parece que para no incurrir en excesos punitivos difícilmente explicables desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, bastaría con un ajuste al alza del marco penal de los supuestos agravados, sin necesidad de una elevación tan drástica para los casos aislados y menos graves de promoción o favorecimiento del tráfico.

Más aún cuando el Proyecto incluye dos modificaciones en la redacción del tipo básico aparentemente destinadas a dar todavía mayor amplitud al círculo de comportamiento típicos: por una parte, la mención expresa a las conductas que sólo *indirectamente* supongan pro-

⁷² BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 136-1, de 21 de marzo de 2003.

mover, favorecer o facilitar el tráfico, y, por otra, la inclusión de la «inmigración clandestina» como punto de referencia alternativo a las conductas de favorecimiento o promoción del «tráfico ilegal» de personas⁷³. Particularmente preocupante resulta este último aspecto en tanto puede alentar una interpretación extensiva del art. 318 bis 1 que permita incluir en el círculo de conductas típicas todos los supuestos de promoción o favorecimiento de la entrada en territorio español por cauces no legales y no sólo —como se propone aquí— las conductas que impliquen un atentado a la integridad moral de las personas afectadas por el traslado. Y ello porque esta última interpretación se funda en un concepto estricto del término «tráfico» —equivalente al tratamiento de los inmigrantes como cosas o mercancías— que, conforme al texto del Proyecto, ya no sería el único objeto posible de las conductas de promoción o favorecimiento, sino sólo una de las alternativas, junto a otra, aparentemente distinta, consistente en favorecer la «inmigración clandestina».

De darse un contenido autónomo a este último criterio, deberían incluirse aquí todos los supuestos de promoción o cooperación con inmigrantes que cruzan la frontera sin cumplir los requisitos legalmente establecidos, aun cuando esos actos no afecten en absoluto su dignidad personal. Esta posibilidad interpretativa viene abonada en alguna medida por el criterio de atenuación que incluye el Proyecto en el n.º 6 del propuesto art. 318 bis, en virtud del cual se autoriza a los Tribunales a imponer la pena inferior en grado cuando así lo aconsejen «la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste». Da la impresión de que se está pensando precisamente en los casos de colaboración altruista y humanitaria que en ocasiones se presta a los inmigrantes para ayudarlos a cumplir su objetivo de ingresar clandestinamente en territorio español o, incluso, en los casos de parientes o amigos que alientan o intervienen activamente en la entrada irregular de sus familiares.

Sin embargo, el problema valorativo que plantea esta línea político-criminal salta a la vista: de admitirse una interpretación de estas características se echaría por tierra cualquier posible fundamentación del tipo básico del art. 318 bis en la tutela de los derechos de los ciudadanos extranjeros y sólo quedaría la posibilidad de reconocer como único bien jurídico el interés del Estado en el control de los flujos

⁷³ El texto de la propuesta reza así: Art. 318 bis 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».

migratorios, un objeto de tutela que, como vimos, difícilmente puede justificar el recurso al Derecho penal y menos aún con la entidad de las penas que se proponen en el Proyecto.

Por ello, sería aconsejable una rectificación del texto del Proyecto que eliminase esa perturbadora referencia a la inmigración clandestina. Con todo, de prosperar la reforma en los términos actuales, quizás la alternativa consista en interpretarla como una cláusula aclaratoria destinada a poner de manifiesto que «tráfico ilegal» e «inmigración clandestina» son términos equivalentes, comprensivos de una misma realidad. Esta interpretación —tal vez algo forzada, pero necesaria para salvar una figura delictiva que de otro modo resultaría altamente discutible— podría encontrar una explicación plausible en la intención del legislador de eliminar cualquier duda sobre el parentesco directo de las conductas recogidas en el art. 318 bis y las abarcadas por el más antiguo art. 313.1, precepto este último en el que la ley utiliza el término «inmigración clandestina» y no la más reciente denominación de «tráfico ilegal».

Por cierto que llama la atención, igualmente, el aparente olvido de la propuesta de cara a ajustar las penas del art. 313.1 para no dejarlas por debajo de la pena de cuatro a ocho años propuesta para el tipo genérico de tráfico de personas, un olvido que, de consumarse, conduciría a una seria inconsecuencia punitiva si se tiene en cuenta la opinión mayoritaria que considera al art. 313.1 como tipo especial —y, por ello, de aplicación preferente— respecto del art. 318 bis. Con todo, y sin restarle importancia a esta nueva y alarmante señal de improvisación legislativa, el problema no sería tan intenso si se admite la propuesta aquí esbozada de dar lugar al principio de alternatividad cuando la concurrencia se produzca con una de las figuras agravadas del art. 318 bis, pues como en la práctica es casi inevitable la presencia de alguna de las múltiples circunstancias allí recogidas, ello permitiría acudir a las penas mucho más severas de este último precepto, eludiendo un incomprensible privilegio punitivo para quien trafica con «trabajadores» extranjeros.

Sin embargo, no todo es malo en la anunciada reforma. Bueno es que se contemple una especial agravación de la pena para los «jefes, administradores o encargados» de las organizaciones dedicadas al tráfico de personas⁷⁴ y también que se abra la posibilidad de aplicar las

⁷⁴ Es discutible, sin embargo, la hiperagravación que deja abierta el texto —permite pasar de la mitad superior a la pena inmediatamente superior en grado—, sin referencia alguna a los motivos sobre los que podría fundarse. Sorprende que se supe-

medidas accesorias del art. 129 cuando los hechos se cometan utilizando la estructura de una persona jurídica. Como también lo es la decisión de sustraer del contexto de los delitos sexuales el supuesto de trata sexual para incluirlo como un caso agravado de las conductas genéricas de tráfico de personas. Y ello porque, como se sostuvo en páginas anteriores, la auténtica esencia y gravedad de este tipo de conductas —que desde el punto de vista de la libertad sexual no pasan de ser en la mayoría de los casos meros actos preparatorios— proviene precisamente del hecho de convertir a los seres humanos en objeto de tráfico, afectando con ello de modo muy severo su integridad moral.

ren incluso los ya altísimos niveles de indeterminación de la muy parecida regulación en materia de tráfico de drogas, donde al menos se hace referencia a la «extrema gravedad» de las conductas (véase art. 370 CP). En el caso del Proyecto que comentamos, en cambio, el texto se limita a decir que la pena «podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado», sin decir para qué casos o bajo qué circunstancias puede el juez hacer uso de esta prerrogativa que permitiría elevar la pena nada menos que a dieciocho años de prisión.