

## Reflexiones y propuestas sobre inmigración

En torno al Proyecto de reforma del Código penal de 2009

**Juan María Terradillos Basoco**

Universidad de Cádiz

## Abstract

*La política criminal española de los últimos años en materia de inmigración se ha venido caracterizando por el excesivo número de supuestos en los que se recurre a la expulsión del inmigrante y por el rigor con que se castigan las conductas de favorecimiento de la inmigración irregular. La reciente modificación de la legislación sobre extranjería y el proyecto de reforma del Código Penal permiten al juez cierta flexibilidad en el régimen legal de la expulsión y superan la actual confusión entre trata de personas e inmigración irregular.*

*The Spanish criminal policy of last years with regard to immigration has been characterized by the excessive number of return decisions and the strictness in punishing conducts that favour illegal immigration. The recent modification of immigration legal framework and the Project to reform the Criminal Code allow the judge some certain flexibility towards return decision and go beyond the current confusion between trafficking in persons and illegal immigration.*

*Die spanische kriminalpolitik der letzten Jahre hat gegen der Einwanderung durch die übermäßige Rückführungsentscheidungen und der Strenge, mit denen sie zu bestrafen Verhalten Begünstigung der illegalen Einwanderung, reagiert. Die neuerliche Änderung der Gesetzgebung über Ausländer und den Entwurf des Strafgesetzbuches erlaubt der Richter eine grösste Flexibilität bei der gesetzlichen Regelung der Rückführung und Überwindung der gegenwärtigen Verwirrung zwischen Menschenhandel und illegaler Einwanderung.*

*Title:* Reflections and proposals on immigration (about the Project to Reform the Criminal Code of 2009)

*Titel:* Überlegungen und Vorschläge zur Einwanderung (Rund um das Project zur Reform des Strafgesetzbuch 2009)

*Palabras clave:* empleo ilegal, expulsión, inmigración clandestina, nuevas manifestaciones delictivas de la inmigración ilegal, políticas migratorias, trata de personas

*Keywords:* illegal employment, illegal immigration, immigration policy, new criminal phenomena in illegal immigration, return decisions, trafficking in human beings

*Stichwörter:* Einwanderungspolitik, illegale Beschäftigung, illegale Einwanderung, neue Formen der Kriminalität im Bereich der illegalen Einwanderung, Rückführungsentscheidungen, Menschenhandeln

*Sumario*

- 1. Introducción**
  - 2. Expulsión de extranjeros**
    - 2.1. Carácter potestativo**
    - 2.2. Duración**
    - 2.3. Expulsión como medida sustitutiva de libertad condicional**
    - 2.4. Excepciones a la expulsión sustitutiva**
    - 2.5. Ejecución**
    - 2.6. Infracción de la prohibición de regreso**
    - 2.7. Expulsión como sustitutivo de la medida de seguridad**
  - 3. Delitos contra la propiedad intelectual**
  - 4. Trata de seres humanos e inmigración clandestina**
    - 4.1. Trata de seres humanos**
      - 4.1.1. Conductas**
      - 4.1.2. Penas**
    - 4.2. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros**
      - 4.2.1. Reforma del art. 318 bis**
      - 4.2.2. Derogación del art. 313.1**
- Tabla de sentencias**
- Bibliografía citada**

## 1. Introducción

Hacer hoy reflexiones y propuestas sobre los fenómenos migratorios y sobre el sentido de las políticas de inmigración desde una perspectiva jurídico-penal, lleva inevitablemente al análisis del Proyecto de Reforma del Código Penal (PRCP 2009) publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de noviembre de 2009.

El Proyecto representa, junto con la *Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, 333 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (LEX 2009) la última fase de un largo proceso que se inicia con la ahora modificada *LO 4/2000* (LEX 2000), introductora en el Código Penal (CP) del art. 318 bis - delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

La inicial criminalización genérica de la trata de personas ha sufrido sucesivos retoques o adendas, de mano de las leyes orgánicas *11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y 13/2007 para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas*.

El art. 318 bis no es, sin embargo, el único precepto en el que se concreta la política criminal española en materia de migraciones. La omnipresente expulsión, como respuesta prácticamente única a la inmigración irregular, y la criminalización de conductas realizadas, en una gran mayoría de casos, por inmigrantes, también han de ser tenidas en cuenta en este análisis.

La problemática migratoria encuentra también reflejo en otros preceptos del PRCP 2009, como puede ser en el art. 22.4<sup>a</sup> -agravante de motivos racistas o discriminatorios-<sup>1</sup>, en los artículos 510 a 512 -delitos de discriminación-<sup>2</sup>, o en el art. 314 -discriminación laboral-<sup>3</sup>. Igualmente, la LEX 2009 (artículo único, 34), incorpora un nuevo precepto, el art. 31 bis, que aborda la respuesta a dar a los supuestos de inmigrantes irregulares víctimas de violencia de género: el expediente administrativo sancionador abierto contra ellas será suspendido hasta tanto recaiga resolución del procedimiento penal por el delito del que son víctimas. La sentencia condenatoria, determina la concesión a la extranjera solicitante de residencia temporal y de trabajo. En caso de no quedar probada la “situación” de violencia, proseguirá el expediente.

Esta temática no será objeto de análisis aquí, en la medida en que el PRCP 2009 la deja prácticamente intocada.

<sup>1</sup> GARCÍA VITORIA, “Extranjería y discriminación: análisis dogmático y jurisprudencial”, en ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, 2007, p. 328-329.

<sup>2</sup> GARCÍA VITORIA, en ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, 2007, pp. 332-350.

<sup>3</sup> TERRADILLOS BASOCO (2002), “Delitos laborales”, en LUZÓN PEÑA, (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, págs. 532-533.

El PRCP 2009 diseña una reforma que, con alcance general y como proclama su Exposición de Motivos (EM), *“se sitúa en la confluencia de varias coordenadas que explican tanto su relativa extensión como la variedad de cuestiones que en ella se abordan. Por un lado, España tiene contraídas obligaciones internacionales, y más específicamente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones –a veces de considerable calado– de nuestras normas penales. Por otro, la experiencia aplicativa del Código y, en algunos casos, de las propias modificaciones que se han ido introduciendo en su texto, ha ido poniendo en evidencia algunas carencias o desviaciones que es preciso tratar de corregir”* (EM).

No muy lejanos son los objetivos de la LEX 2009, cuyo Preámbulo, II explicita, entre ellos, los de *“aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos de control y los sancionadores, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el acceso o permanencia de la inmigración ilegal en España, agravando el régimen sancionador en este caso y, reforzando los procedimientos de devolución de los extranjeros que han accedido ilegalmente a nuestro país”*, además de *“reforzar la integración como uno de los ejes centrales de la política de inmigración que, teniendo en cuenta el acervo de la Unión Europea en materia de inmigración y protección internacional, apuesta por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas”* (II, 3 y 4).

Si el complejo conglomerado normativo en el que se manifiesta la política criminal de la Unión Europea (UE) en materia de migraciones<sup>4</sup> ha venido siendo, ante todo, *“securitario, preventivo y represivo”*<sup>5</sup>, hasta el punto de desembocar en un restrictivo blindaje frente a los flujos extracomunitarios<sup>6</sup>, el modelo español, concretado en el PRCP 2009 y la LEX 2009, no sólo no evita estas características, sino que las enfatiza, más allá incluso de lo exigido por Europa, en el marco de una política errática de cambios vertiginosos pero de constante orientación punitivista, como denunció la sentencia de la sala 2<sup>a</sup> del Tribunal Supremo (TS) de 8 de julio de 2004.

El fenómeno, en sus parámetros esenciales, es bien conocido: el Derecho *“nos proporciona barreras, defensas frente a los adversarios que llegan de fuera –hostes– y que amenazan con su sola existencia, con su presión (la migratoria es el ejemplo por antonomasia hoy, junto a la de los refugiados y desplazados), y sobre todo contra los que, peor aún, se infiltran: es lo que sucede con los inmigrantes clandestinos, los ilegales”*<sup>7</sup>.

La valoración de la reforma, en la materia que nos ocupa, debe partir de la exigencia de que el diseño de estrategias político-criminales que se pretenden acordes con el modelo de Estado democrático, esté particularmente atento a las necesidades de tutela constitucionalmente fijadas. Para, a continuación, con un riguroso respeto al principio de intervención mínima –y sus

<sup>4</sup> TERRADILLOS BASOCO, “Introducción al estudio de la incidencia de las variables género, inmigración y edad en las cifras sobre siniestralidad laboral”, en TERRADILLOS BASOCO, (dir.), *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables “género”, “inmigración” y “edad”*, 2009, *passim*.

<sup>5</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, en DEL VALLE GÁLVEZ/ ACOSTA SÁNCHEZ, *Inmigración irregular y Derecho*, 2005, p. 143.

<sup>6</sup> GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, 2007, p. 419.

<sup>7</sup> DE LUCAS, “Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes”, en PORTILLA CONTRERAS (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, 2005, p. 213.

corolarios inmediatos: principios de *ultima ratio* y lesividad- plantearse, en cada caso, la necesidad, merecimiento y oportunidad de intervención penal.

Proceder así no supone sino recuperar las grandes propuestas del pensamiento penal ilustrado: sólo está justificado el recurso al Derecho penal en la medida en que venga exigido por la tutela de bienes jurídicos esenciales. La consecuencia es un sistema penal de mínimos: frente a expansionismo, intervención fragmentaria; frente a punitivismo, intervención necesaria; frente a despliegue simbólico, prevención; frente a “huida al Derecho penal”, políticas sociales de amplio espectro. En definitiva, Derecho penal democrático.

En ese contexto, cada propuesta criminalizadora carga con la obligación de probar su necesidad e idoneidad. Obligación que quizá quedaba incumplida en el *Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995*, hecho público por el Ministerio de Justicia el 14 de noviembre de 2008 (ARCP 2008), cuya Parte Especial, de orientación exclusivamente punitivista, incorporaba nuevos tipos, ampliaba el alcance de otros ya existentes, creaba nuevas penas e incrementaba las anteriores. Sin más motivo, en algunos casos, que, tal como confesaba su EM, la trascendencia mediática de ciertos hechos a los que se pretendía responder con una estrategia político-criminal de parches fragmentarios y coyunturales.

El PRCP 2009, aun aceptando en términos generales la orientación punitivista, introduce alguna excepción en la materia que nos ocupa, al minorar las penas de una manifestación típica de delincuencia “bagatelar”, el denominado “top manta”. Pero se trata de una excepción insuficiente. Por otra parte, la flexibilidad que se introduce en la aplicación de la expulsión de extranjeros, necesaria frente al esclerotizado y cuestionable sistema impuesto por las reformas penales de 2003, no deja de tener contradicciones.

## 2. *Expulsión de extranjeros*

La EM del PRCP 2009, viene a ratificar el núcleo de la política que, en esta materia, había diseñado la LO 11/2003, respetuosa del tradicional principio de erigir a la expulsión en la primera respuesta al fenómeno de la inmigración no deseada<sup>8</sup>.

La LEX 2009, al dar nueva redacción al art. 57, refuerza –en detrimento de la multa- la política de expulsión, configurada como sanción para conductas graves y muy graves, “en atención al principio de proporcionalidad y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”. Asimismo- y en este punto no se han introducido modificaciones sobre el texto anterior, “constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados” (art. 57.2).

---

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2001, p. 29.

Es más que dudosa la compatibilidad de esta disposición con el principio *non bis in idem*<sup>9</sup>.

Dudas de compatibilidad con la presunción de inocencia y con el derecho al debido proceso suscita también el art. 57.7.a, que impone al Juez la obligación de autorizar la expulsión “*salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación*” del extranjero “*procesado o imputado* –que no condenado– *en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza*”.

En cambio se recupera cierta coherencia al disponer que no se procederá a la expulsión “*cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal*”. En estos casos, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad.

El anterior catálogo de supuestos excepcionales, artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 CP, respondía a criterios cuya coherencia nadie pudo detectar.

Las consecuencias que, sobre la *cuestión penal*, proyecta la omnipresente expulsión, o la amenaza de expulsión son, como ya denunciara la sentencia TS (2ª) de 5 de febrero de 1998, bien conocidas: marginalización e indefensión del inmigrante irregular. Con inevitables corolarios: proliferación de comportamientos xenófobos y racistas; dificultades de acceso a la Administración y a la Justicia, así como a la vivienda, a la escuela o a la sanidad; potenciación de situaciones de explotación sexual y de explotación laboral –con el consiguiente incremento de la siniestralidad<sup>10</sup>–; etc.<sup>11</sup>.

En ese contexto, las posibilidades de subsistencia del inmigrante, irregular o no, se reducen prácticamente a dos, y ambas al margen de la ley: trabajar en la economía sumergida o/y recurrir a la pequeña delincuencia patrimonial<sup>12</sup>. Lo que reproduce, pero potenciados, los mecanismos de marginalización.

Una vez que el PRCP 2009 no cuestiona el recurso a la expulsión como sustitutivo de la pena –que viene a añadirse a formas de expulsión de distinta naturaleza– quedan por analizar cuestiones, de tono forzosamente menor, sobre las que había venido llamando la atención, críticamente, la doctrina.

---

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ MESA, “La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica”, en RODRÍGUEZ MESA/RUIZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, 2006, pp. 267-268.

<sup>10</sup> MARTÍN SEGURA, *Inmigración en España ¿Factor de desarrollo o fuente de delincuencia? Un análisis económico*, 2008, pp. 110-115.

<sup>11</sup> TERRADILLOS BASOCO, “Introducción al estudio de la incidencia de las variables género, inmigración y edad en las cifras sobre siniestralidad laboral”, en TERRADILLOS BASOCO, (dir.), *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables “género”, “inmigración” y “edad”*, 2009, pp. 13-14.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, “La criminalidad de los migrantes. Aproximación criminológica y conciencia social frente al fenómeno”, *Revista Galega de Seguridade Pública* (8), 2006, edición castellana, p. 151.

## 2.1. Carácter potestativo

La primera tacha que la doctrina imputa a la actual regulación de la expulsión del extranjeros es su carácter automático y obligatorio, siempre que concurren ciertos supuestos descritos en los artículos 89 y 108 CP. Lo que equivale a negar, además del principio de jurisdiccionalidad<sup>13</sup>, la posibilidad misma de adecuar la medida a las necesidades específicas de cada caso.

El PRCP 2009 se hace eco de esta crítica, sin cuestionar, no obstante, la legitimidad de la expulsión, sino sólo los mecanismos de su imposición.

Acepta, así, *“la posibilidad de que la medida resulte excesivamente afflictiva si la comparamos con la pena que puedan sufrir otros individuos con análoga responsabilidad”*, y decide, en aras de la necesaria coherencia preventiva, permitir a los tribunales que puedan valorar la oportunidad de acordarla.

Se modifica, en consecuencia, el art. 89.1, en los siguientes términos: *“1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas en la sentencia o en auto motivado posterior, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del penado, por su expulsión del territorio nacional. La expulsión será preferente salvo que el Juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”*

La expulsión es, así, potestativa, aunque preferente. Y, además, se podrá acordar en auto posterior a la sentencia. Lo que permite acercar la decisión judicial a cada caso, ponderando la necesidad y conveniencia de expulsar.

## 2.2. Duración

El art. 89.2 CP fija la duración de la medida de expulsión en diez años, sin posibilidad de graduación, en contra de lo que exige el principio de individualización judicial, el de proporcionalidad –sentencia TS (2<sup>a</sup>) de 8 de julio de 2004– y, sobre todo, el principio constitucionalmente explícito de reinserción<sup>14</sup>.

El PRCP 2009, al prever una medida de expulsión de cinco a diez años, impone una opción más compatible, a todas luces, con esos principios, y que da sentido a la exigencia general de motivación del contenido afflictivo de las sentencias penales, reivindicada para el caso por el TS (2<sup>a</sup>) en su sentencia de 25 de enero de 2007.

---

<sup>13</sup> TERRADILLOS BASOCO, “Extranjería, inmigración y sistema penal”, en RODRÍGUEZ MESA/RUÍZ RODRÍGUEZ, (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, 2006, p. 62.

<sup>14</sup> CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ, “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, (coord.), *Derecho penal y política transnacional*, 2005, p. 409.

### 2.3. Expulsión como medida sustitutiva de libertad condicional

El párrafo segundo del art. 89.1 CP ordena, como regla general, acordar en sentencia la expulsión del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que accediera al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena.

No es necesario recurrir a mayores argumentos para entender que se trata de un precepto incompatible con el principio de jurisdiccionalidad -al vetar la discrecionalidad que le es propia-, inconciliable con el de igualdad -en la medida que establece una disciplina diferenciada en razón de criterios ajenos a los que inspiran la naturaleza, requisitos y efectos de la libertad condicional- y escasamente respetuoso con los requerimientos del *non bis in idem*, por cuanto sigue imponiendo sanciones allí donde ya se ha cumplido la condena en los términos legalmente exigidos para recuperar la libertad<sup>15</sup>.

El PRCP 2009, en la redacción que propone para el art. 89.5, prevé que *"Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado, podrán acordar en sentencia o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena"*.

Así pues, se supera el anterior mecanismo y la expulsión se hace potestativa; pero la modificación tiene un alcance mayor ya que abre la posibilidad de que la expulsión sustituya a cualquier pena privativa de libertad -es decir, prisión, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, *ex art. 35*-, siempre que estuviera cumplida en sus tres cuartas partes.

Si, con el texto hoy vigente, se ha podido criticar una medida de expulsión que más que sustitutivo de la pena lo es de la libertad condicional<sup>16</sup>, la propuesta de reforma convierte a la expulsión en sustitutivo, también, de la pena de multa e, incluso, de la obligación de permanecer en el domicilio -posibilidad que, como poco, resulta dudosamente coherente.

### 2.4. Excepciones a la expulsión sustitutiva

Ha sido también criticado, en el vigente art. 89, apartado 4 -añadido por la LO 8/2000- el inexplicable elenco de delitos cuya condena excluye la posibilidad de expulsión: los de los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518.

<sup>15</sup> TERRADILLOS BASOCO, "Inmigración, "mafias" y sistema penal. La estructura y la pátina", en RUÍZ RODRÍGUEZ (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, 2006, p. 56.

<sup>16</sup> TERRADILLOS BASOCO, en RUÍZ RODRÍGUEZ (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, 2006, p. 56.

Como era obvio -y han tenido que poner en evidencia doctrina y jurisprudencia ante la ceguera del legislador- no tenía explicación posible excluir la expulsión en los delitos de los artículos 312 o 318 bis, y no en el 313<sup>17</sup>.

También lo era el inevitable efecto criminógeno de sustituir, imperativamente y como regla general, la prisión por expulsión<sup>18</sup>. En realidad, tal como denunciara inicialmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 15<sup>a</sup>, de 29 de diciembre de 2003 -y como podía ver un ciego- expulsar al narcotraficante, en lugar de encarcelarlo, supone abonarle el viaje de regreso a su país, poniéndole al abrigo de cualquier otro riesgo. La idoneidad criminógena es obvia.

De ambas críticas se hace eco el PRCP 2009.

El proyectado art. 89.7 excluye la posibilidad de expulsión de los extranjeros “*condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código*”. Al añadir el art. 313, se equipara lo que, en los hechos, es equiparable. Y al permitir, como regla y no con carácter excepcional, que el tribunal examine la procedencia o no de la expulsión, se puede evitar la contradicción de premiar al delincuente cuya pena de prisión se sustituye. La explicación -obvia, por otra parte-, es recogida explícitamente en la EM: “*La búsqueda del imprescindible carácter preventivo a la par que disuasorio, de esa amenaza penal exige que se permita a los Tribunales que puedan valorar la oportunidad de acordarla, lo que ha sido puesto de manifiesto reiteradamente por el Tribunal Supremo*”.

## 2.5. Ejecución

Al igual que el vigente art. 89.1, párrafo cuarto, el PRCP 2009 prevé que “*La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España*” (art. 89.3).

Dicho de otro modo, la expulsión jurisdiccionalmente acordada, y basada en hechos anteriores (el delito), predetermina la decisión administrativa sobre una solicitud de permiso de residencia o trabajo que puede estar fundamentada en datos posteriores al delito y a la sentencia o al auto que decidieron la expulsión. Estos despliegan, así, una eficacia *ultra vires* carente de justificación.

También prevé el vigente art. 89.1, párrafo quinto, que si la expulsión no pudiera ejecutarse, “*se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente*”.

---

<sup>17</sup> TERRADILLOS BASOCO, en RUÍZ RODRÍGUEZ (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, 2006, p. 55.

<sup>18</sup> ASÚA BATARRITA, “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en LAURENZO COPELLO, (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, 2002, p. 55.

Se instaura así, discriminatoriamente para el extranjero, un régimen de excepcional voto a la aplicación de los mecanismos generales de sustitución de la pena privativa de libertad previstos, con carácter general, en el art. 88.

El PRCP 2009, por el contrario, prevé, en el párrafo segundo del apartado 6 del art. 89, que, de resultar imposible hacer efectiva la expulsión, se ejecute la pena o se proceda, “*en su caso, [a] la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código*”. Lo que parece solución más razonada que la que ofrece el Derecho vigente.

El nuevo apartado 6, párrafo primero, que el PRCP 2009 incorpora al art. 89 dispone: “*Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa*”.

Sin entrar en el análisis de las características de ese tipo de centros<sup>19</sup>, no se puede dejar de subrayar el cúmulo de deficiencias que han venido acompañando a su funcionamiento, frecuentemente denunciadas<sup>20</sup> y que, sin duda, no van a menguar por el hecho de ampliar, hasta seis meses, la duración de los internamientos, como permite la tan criticada “Directiva de retorno” (GEPC), *Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal* (DOUE de 24 de diciembre de 2008). La habilitación comunitaria se concreta, para el caso español, en un límite máximo de sesenta días, según decide el art. 62.2 LEX 2009.

## 2.6. Infracción de la prohibición de regreso

Es objetivo confesado del PRCP 2009 reforzar “*las medidas a acordar en caso de que el expulsado no respete la prohibición de regreso*”.

El vigente art. 89.3 dispone que “*el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los párrafos anteriores, será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad*”.

De este modo, el quebrantamiento de la condena “*deja de ser delito autónomo o incidencia en la ejecución -lo que en ambos casos determinaría una intervención jurisdiccional- y pasa a ser resuelto por el expeditivo medio de una decisión administrativa. Que además tiene como efecto el desconocer el tiempo de condena ya cumplida, en flagrante violación del principio non bis in idem*”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> TERRADILLOS BASOCO, “Centros de internamiento de extranjeros”, en RAMOS QUINTANA, *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, 2007, pp. 887-882.

<sup>20</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Extranjería y privación de libertad”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, extraordinario 2006, p. 49.

<sup>21</sup> TERRADILLOS BASOCO, en RUÍZ RODRÍGUEZ (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, 2006, pp. 55-56.

El proyectado art. 89.4 introduce modificaciones en la materia y distingue dos supuestos: cuando el extranjero expulsado *“regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas”*. Hay que entender que la decisión de cumplimiento corresponde al tribunal juzgador.

Pero si el extranjero infractor fuere *“sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”*.

Es posible que el nuevo texto sea más correcto que el vigente. Pero, en todo caso, es tributario de la misma crítica de fondo: si se ha cumplido una parte de la expulsión y, a pesar de ello, se ha de cumplir en su integridad la pena privativa de libertad que fue originariamente sustituida, se incurre en violación del principio *non bis in idem*.

## 2.7. Expulsión como sustitutivo de la medida de seguridad

El PRCP 2009 parece desconocer la existencia del art. 108 que permite la expulsión del extranjero no residente legalmente en España como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables.

Por tanto, sigue vigente la crítica doctrinal -unánime- que veía en el precepto una inexplicable suplantación de los fines propios de la medida de seguridad por los exclusivamente inocuizadores de la expulsión<sup>22</sup>; un flagrante desconocimiento del fundamento de las medidas, que no se vinculan al delito sino al delincuente, y de su naturaleza, incompatible con la predeterminación cronológica fija; una genuina manifestación de insolidaridad internacional en la lucha contra el crimen; una grave conculcación del principio de culpabilidad<sup>23</sup> así como del de jurisdiccionalidad -dado su automaticismo- o del *non bis in idem*, en caso de quebrantamiento; etc. etc.

Se trata, en resumen de críticas que vienen acompañando al art. 89 y que, con mayor razón, son aplicables al 108, que, sin embargo, queda inexplicablemente al margen de la reforma proyectada.

## 3. Delitos contra la propiedad intelectual

La LO 11/2003, con el objetivo declarado de barrer de las calles (sic) la pequeña delincuencia, elevó la reiteración de faltas de lesiones (art. 147.1), hurto (art. 234) y robo o hurto de vehículo de motor (art.244) a la categoría de delito.

<sup>22</sup> MUÑOZ LORENTE, “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (nº extraordinario 2), 2004, págs. 413-414.

<sup>23</sup> RODRÍGUEZ MESA, en RODRÍGUEZ MESA/RUIZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, 2006, p. 285-286.

Por cierto, la *LO 15/2003* suprimía esta regla en el caso de los artículos 234 y 244, pero fue reintroducida en ambos preceptos a través de una corrección de errores publicada en el Boletín Oficial del Estado de 16 de marzo de 2004. Sin que nadie haya podido identificar en qué fase de la tramitación parlamentaria de la ley se produjo el error. El principio de legalidad, que comporta la obligación de que las leyes penales procedan del Parlamento –y no de una oficina de corrección de errores- resulta, así, malparado<sup>24</sup>.

Con el mismo objetivo de combatir con penas privativas de libertad la delincuencia de bagatela, la *LO 15/2003* modificó el art. 36, rebajando el límite mínimo de la pena de prisión a tres meses. El PRCP 2009 pretende corregir esa tendencia a responder con prisión a la delincuencia menor y entra en una de sus modalidades muy relacionada con la inmigración irregular: el fenómeno conocido como “top manta”.

De hecho, son constatables los esfuerzos jurisprudenciales, esencialmente vinculados al principio de intervención mínima, por restringir el campo de aplicación de los artículos 234 y 244 en estos casos<sup>25</sup>. Y numerosas organizaciones ciudadanas –entre otras la plataforma *Ni un mantero en prisión* o la *Red MIDMIGRA de investigadores y Universidades Mediterráneas*–, en las que se han integrado no solo artistas e intelectuales sino también jueces y fiscales, han protagonizado, en el último trimestre de 2009, acciones dirigidas a denunciar y paliar la evidente desproporción entre la respuesta penal y la parva lesividad de las conductas examinadas. No en vano, a comienzos del año 2010 se contabilizan ciento veinte personas cumpliendo penas de prisión por este discutible delito.

También el PRCP 2009 constata cómo “*El agravamiento penológico operado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en el ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial ha evidenciado, en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias piratas de obras amparadas por tales derechos, una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena respecto de la gravedad de la conducta, máxime cuando –no infrecuentemente– los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia*”.

Para superar la desproporción, sin llegar a la destipificación de las conductas, y como consecuencia de la aprobación por el Parlamento de la *Proposición no de Ley “contra la criminalización e ingreso en prisión de personas que venden copias de CDs y DVDs”* (161/000794), presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, se modifican los artículos 270 y 274 CP, que hoy prevén penas de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses para ciertos delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, en el sentido de rebajar, potestativamente, la pena a multa de tres a seis

<sup>24</sup> TERRADILLOS BASOCO, “Las reformas penales españolas de 2003: valoración político-criminal”, *Nuevo Foro Penal* (67), 2005, p. 135.

<sup>25</sup> CASTIÑEIRA PALOU/Ricardo ROBLES PLANAS, “¿Cómo absolver a los “top manta”? (Panorama jurisprudencial)”, *InDret* (2), 2007, [www.indret.com/pdf/422.pdf](http://www.indret.com/pdf/422.pdf).

meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días, “en los casos de distribución al por menor … atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste” siempre que no concurran agravantes específicas de los artículos 271 y 276.

No obstante, y tal como ha puesto de relieve el *Grupo Inmigración y Sistema Penal* (GISP), el PRCP 2009 sigue incurriendo en contradicción con los principios de subsidiariedad, lesividad e intervención mínima.

La minoración de la pena no puede, en efecto, estimarse respuesta satisfactoria, ya que la condena penal tiene como consecuencia la expulsión del extranjero a tenor de lo dispuesto en el art. 57.7 LEX.

Por otra parte, no se elude el recurso a la privación de libertad, en la medida en que el impago de la multa, que será frecuente en estos casos de imposición a sujetos indigentes, determina la posibilidad de exigencia de responsabilidad personal subsidiaria en los términos del art. 53 CP.

#### **4. Trata de seres humanos e inmigración clandestina**

El CP vigente es un entusiasta receptor de la tendencia criminalizadora inspirada por la Unión Europea (UE), además de un buen ejemplo de la confusión entre trata de personas y tráfico ilegal de inmigrantes<sup>26</sup>; confusión añeja, por otra parte, de origen internacional y preñada, en sus argumentos originarios, de apelaciones a la moral<sup>27</sup>.

Así lo evidencian la reforma del mismo introducida por la LO 11/2003, que asume como objetivo prioritario “la lucha contra la trata de seres humanos y lucha contra la inmigración clandestina”; y “para combatir este tipo de delincuencia… el nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto” (EM).

El objetivo proclamado, en línea con las exigencias comunitarias, es acabar con el fomento y explotación de la inmigración irregular, pero también con la propia inmigración irregular. Aunque, como es obvio, el grueso de los argumentos sobre los que se pretende legitimar el nuevo rumbo político-criminal aluda a las organizaciones criminales que, en cuanto propulsor básico de los fenómenos migratorios, organizan el cruce de fronteras y obtienen con ello suculentos beneficios, sin reparar en que los flujos migratorios tienen raíces estructurales que, por encima de la pérvida condición de los comerciantes de personas, determinan su existencia y evolución.

<sup>26</sup> SERRANO PIEDECASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en AA.VV., *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, 1999, p. 388.

<sup>27</sup> MAQUEDA ABREU, “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s”, en CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER (dir.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, 2009, pp. 1246-1250.

Datos recientes avalan esta conclusión: el *Informe sobre Desarrollo Humano 2009*, presentado en octubre por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) constata el parón de la emigración, legal e ilegal, hacia los países desarrollados, como consecuencia de la crisis económica (*El País*, 6 de octubre de 2009).

La *Encuesta de Población Activa* publicada el 30 de septiembre de 2009 cifra en 5.342.800 el número de inmigrantes, 17.000 menos que a 30 de junio. También el total de población activa disminuye, respecto a 30 de junio, en 51.800 trabajadores (un 1.84%). Se ha roto, por primera vez en 17 años, la tendencia ascendente de la inmigración.

El hecho de que la inmigración irregular haya sido en 2009 la más baja de los tres últimos años (EL PAÍS, 17-01-2010), puede estar relacionado con el incremento de la eficacia policial, pero también lo está con las características y evolución del marco económico.

Pretender afrontar fenómenos que hunden sus raíces, fundamentalmente, en razones económicas, persiguiendo a “las mafias” del tráfico de personas es reducir a muy poco las políticas migratorias<sup>28</sup>.

Se diría que el modelo español pone sus ojos sólo en el “efecto llamada”, desconociendo el “efecto huida”, identificado con la pobreza<sup>29</sup>. Y desconociendo igualmente que las “mafias de la explotación”, las interiores, rentabilizan los beneficios que produce el trabajo sucio de las “mafias del tráfico”, las exteriores. Con lo que, en la práctica, la reacción penal termina volcándose contra la propia inmigración irregular; vale decir: contra los inmigrantes<sup>30</sup>.

Se equipara al tráfico ilegal la inmigración clandestina, y, sin embargo, se define la conducta delictiva en referencia a la entrada o permanencia irregular y no en el abuso y explotación que protagoniza el traficante<sup>31</sup>. Así el CP incurre en la aparente contradicción de criminalizar el favorecimiento de la inmigración en términos que nada tienen que ver con la tutela de bienes jurídicos -en este caso, los derechos de los ciudadanos extranjeros- sino como instrumento de refuerzo del control de flujos que caracteriza a toda la política europea y española en materia de inmigración<sup>32</sup>. Con lo que habría que concluir que “*la regulación jurídico-penal en la materia no es internamente contradictoria, sino que, por el contrario, resulta armónica si se toma como punto de*

<sup>28</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, “¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008 (10-06), (<http://criminet.ugr.es/recpc>), p. 5.

<sup>29</sup> ÁEZ VALCÁRCEL, “Inmigración clandestina, “mafias” y luchas contra los pobres. Un tipo penal indecente”, *Jueces para la democracia* (54), 2005, p. 19.

<sup>30</sup> TERRADILLOS BASOCO, “Las políticas penales europeas de inmigración”, en RUÍZ RODRÍGUEZ (edit.), *Respuestas internacionales a los retos de la seguridad*, 2009, pp. 116-117.

<sup>31</sup> CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ, en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, (coord.), *Derecho penal y política transnacional*, 2005, p. 381.

<sup>32</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, 2007, pp. 122-123.

referencia no los objetivos invocados por el legislador y los agentes políticos que conforman las mayorías de éste, sino la agenda real oculta bajo aquellas declaraciones expresas”<sup>33</sup>.

A este espíritu responde el art. 318 bis CP, “de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”.

El Consejo Europeo de Tampere y, de manera directa, la LO 4/2000, impusieron su introducción en el CP, pero hay que recordar que esa inclusión no procede de los proyectos que dieron origen a la Ley y que no pudo ser objeto de un auténtico debate parlamentario<sup>34</sup>.

Tras la reforma introducida por la LO 11/2003- que pretende responder a los requerimientos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, así como de las Decisiones Marco 2002/629 y 2002/946-, el art. 318 bis 1 castiga al que “directa o indirectamente, promueva, favorezco o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España”.

La equiparación tráfico de personas-favorecimiento de la inmigración ilegal desconoce, sin embargo, matices diferenciales presentes en las citadas Decisiones Marco. Y la pena del tipo básico: prisión de cuatro a ocho años, traduce una opción penalizadora que va más allá de lo que las mismas exigían y que incurre en notoria desproporción<sup>35</sup>.

El PRCP 2009, literalmente tras las huellas del ARCP 2008, constata lo obvio -que sin embargo pasó desapercibido al legislador de 2003-: “El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades criminológicas resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos” (EM).

En traducción de este objetivo, se propone la creación de un nuevo Título, el VII bis, “De la Trata de seres humanos”, con un art. 177 bis, en el que “prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren”, con independencia de su condición de extranjeros o no.

La lucha contra la inmigración clandestina -que sin ambages se identifica en la EM con “la defensa de los intereses del Estado a controlar los flujos migratorios” y no como medio de tutela de los

<sup>33</sup> CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ, en BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, (coord.), *Derecho penal y política transnacional*, 2005, p. 346.

<sup>34</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, “Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el Código Penal español”, en RODRÍGUEZ MESA/RUÍZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, 2006, p. 70.

<sup>35</sup> PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, 2004, p. 224.

derechos de los ciudadanos extranjeros<sup>36</sup>- obliga a una reestructuración del art. 318 bis. Que ya, confesadamente, no se orientará a la tutela de bienes jurídicos sino que constituirá un ejemplo de sub-utilización del Derecho penal como mero refuerzo de políticas públicas en materia migratoria, como instrumento que garantice la gobernabilidad<sup>37</sup>.

#### 4.1. Trata de seres humanos

##### 4.1.1. Conductas

El PRCP 2009 añade, pues, un art. 177 bis, que reza: “1. Será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, traficare con personas, mediante su captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento con cualquiera de las finalidades siguientes: a) Imponer trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre. b) La explotación sexual, incluida la pornografía. c) Extraer sus órganos corporales”.

El nuevo texto se corresponde con el del ARCP 2008, con alguna modificación significativa. Si en 2008 la conducta nuclear consistía en captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar a la víctima, en el 2009 el tipo consiste en traficar con personas “mediante su captación, transporte, etc.”. El cambio es importante, ya que captar, transportar, acoger o recibir son conductas que solo alcanzarán relevancia típica como modalidades del tráfico de personas. El concepto de tráfico, equivalente al de trata, extraído de las convenciones internacionales, acota, pues, el ámbito de lo punible con una exactitud imposible en el ARCP 2008, cuya vaga fórmula presentaba perfiles de contradicción con el principio de legalidad.

En realidad, lo que hace el PRCP 2009 no es sino aceptar la observación crítica del Informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) sobre el ARCP 2008, en el que expresamente se recomendaba “parece necesario que el tipo penal refuerce la vinculación dolosa de todas las conductas con el tráfico de personas, de tal forma que el peso central de la conducta típica no recaiga en las acciones de captar, alojar, recibir, o acoger, sino, precisamente en la de traficar con personas. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento, a los que se refiere el Anteproyecto de 2008 deben ser descritas, por tanto, como formas concretas de traficar con personas”.

Por otra parte, como advierte el mismo Informe, de no aceptarse su propuesta, resultaría muy difícil distinguir el delito de trata de personas así definido del delito relativo a la prostitución del –propuesto- art. 188.1, cuando este consistiere en la captación, empleando los mismos medios

---

<sup>36</sup> HORTAL IBARRA, “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Política criminal y reforma penal*, 2007, pp. 501-502.

<sup>37</sup> MAQUEDA ABREU, en CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER (dir.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, 2009, p. 1251.

típicos, de una persona para prostituirla, conducta que, sin embargo, acarrea una pena notoriamente menor.

En cuanto al tipo subjetivo, la propuesta del ARCP 2008, se conformaba, en el apartado a), con la finalidad de explotación de los trabajos o servicios de la víctima, enumerando, *ad exemplum*, modalidades concretas de explotación: “*incluidos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre*”; lo que permitía estimar típicas otras posibles formas de explotación no descritas expresamente. La fórmula de 2009, que acepta la opción propuesta por el Informe del CGPJ al ARPC 2008, es, de nuevo, más taxativa: los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, las prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre cierran el catálogo de conductas típicas. No son modalidades, entre otras, de explotación, sino las únicas finalidades subsumibles en el artículo.

En cuanto a las finalidades de los apartados b) y c) ambas propuestas son coincidentes.

También coinciden los apartados 2 y 3: “*2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones enumeradas en el apartado anterior cuando se lleve a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. 3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado primero de este artículo*”.

#### 4.1.2.Penas

El apartado 4 del proyectado art. 177 bis incluye una cláusula agravatoria por concurrencia de varias circunstancias que no figuraba en el ARCP 2008. Tampoco se incluía la agravación por especial vulnerabilidad de la víctima. Y en cuanto a la primera agravante, el ARCP la redactaba así: “*a) con ocasión de la trata se ponga en peligro de forma deliberada o por grave imprudencia la vida de la víctima*”. El nuevo artículo omite aludir al dolo o a la imprudencia, lo que, dentro del sistema del CP, no debe suponer alteración ninguna; pero sí comporta una importante ampliación eludir la referencia a la vida de la víctima, con lo que pasará a ser agravante específica también la puesta en grave peligro de su salud.

La condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público en el autor determinará la imposición de la pena superior en grado, además de la inhabilitación absoluta de seis a doce años (art. 177 bis.5). En el ARCP 2008 sólo se contemplaba, para estos casos, la adición de la inhabilitación.

La integración de los culpables en una organización o asociación de más de dos personas, incluso transitoria, comporta la imposición de pena superior en grado a la del apartado primero. Y si esa integración es en calidad de directivo, se impondrá la pena en su mitad superior o, incluso, podrá elevarse a la pena superior en grado (art. 177 bis.6).

Los marcos penales de los apartados 4.5 y 6 son, pues, más elevados que los previstos en el ARCP 2008. Respecto a este, el CGPJ, en su preceptivo informe, había llamado la atención sobre la “*elevada penalidad prevista en los subtipos agravados...la Decisión Marco [2002/946] opta por una pena*

*máxima no inferior a ocho años, mientras que el Anteproyecto opta por situar el límite mínimo de la pena de prisión correspondiente a los tipos agravados en ocho años".* La oportunidad de estas observaciones críticas es más evidente frente al punitivismo del PRCP 2009, más acerbo que el de su antecedente.

Por imponerlo así los instrumentos jurídicos internacionales, se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los siguientes ámbitos: *corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...*" (EM).

De acuerdo con esta opción general, si el responsable del delito de trata de personas fuere una persona jurídica, en los términos del art. 31 bis, se impondrán las penas de clausura temporal de locales y establecimientos, de multa *"igual que la de las personas físicas"*, así como el comiso de bienes, productos y beneficios, directos o indirectos, del delito (art. 177 bis.7).

La extraordinaria gravedad del delito de trata de personas impone otras consecuencias.

Se castigan la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito, con pena inferior en uno o dos grados a la del delito (art. 177 bis.8), y se prevé la punición conjunta (en concurso infraccional) de los demás delitos *"efectivamente cometidos"* (art. 177 bis.9)

El apartado 10 impone la reincidencia internacional: las condenas de tribunales extranjeros *"por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español"*.

Por las mismas razones, se prevé en el PRCP 2009 la modificación del art. 451.3º a), que añade a los supuestos de encubrimiento personal punible por razón del hecho encubierto, los casos en que éste sea constitutivo de piratería o de trata de personas.

Y, atendiendo también a la gravedad del delito de trata de personas, el nuevo art. 59 bis LEX 2009 prevé la posibilidad de declarar a sus víctimas, *"conforme a lo previsto en el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005"* exentas de responsabilidad administrativa, con la consiguiente facilitación del retorno o de la autorización de residencia y trabajo, de concurrir *"circunstancias excepcionales"* relacionadas con su cooperación con los fines de la investigación o de las acciones penales, con su situación personal o con las posibilidades de su integración social.

#### **4.2.Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros**

Una vez extraídas del art. 318 bis las conductas de trata de personas, se pretende que el contenido de éste se oriente exclusivamente a la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros. Aunque como se analizó *supra* y como expresamente se afirma en la EM del PRCP 2009, tal apelación al bien jurídico es cuestión puramente retórica ya que el auténtico interés protegido,

que dudosamente puede alcanzar la categoría de bien jurídico, es el interés del Estado en el control mudable de los flujos migratorios.

#### 4.2.1.Reforma del art. 318 bis

En términos idénticos a los del ARCP 2008, el PRCP 2009 suprime el vigente apartado 2 del art. 318 bis, que castiga las conductas de tráfico ilegal o inmigración clandestina con el propósito de explotación sexual, como una manifestación más del interés estatal, no en la tutela de la libertad o dignidad *“del o de la inmigrante sexual”*, sino *“en garantizar a toda costa su política de control de la inmigración ilegal”*<sup>38</sup>. La represión de estas conductas queda confiada al art. 177 bis.1.b), lo que supone un importante cambio de modelo<sup>39</sup>.

La reforma reordena los restantes apartados, que tienen en común la naturaleza agravatoria, pero que responden a diferentes fundamentaciones<sup>40</sup>, y modifica el resultante apartado 2: el ánimo de lucro, el empleo de violencia, intimidación o engaño, el abuso de superioridad o de la especial vulnerabilidad de la víctima, y la puesta en peligro de su vida, salud o integridad, siguen siendo circunstancias modificativas específicas, determinantes de un agravamiento de las penas del tipo básico, que se impondrán en su mitad superior. En cambio, salen de ese catálogo la minoría de edad o la incapacidad del extranjero, para constituirse en agravantes de especial intensidad, ya que, en estos casos, las penas a imponer serán las superiores en grado.

El nuevo apartado 4 prevé, cuando el responsable de los delitos fuere una persona jurídica, la pena de clausura de locales y establecimientos por un período de dos a cinco años.

Se deja intocado el tipo básico del apartado 1, y, con él, la penalidad correspondiente. Si la dureza de las penas es, por las razones antedichas, de muy difícil justificación en el artículo vigente, su legitimación es aun más endeble en el precepto proyectado, una vez que han quedado excluidas de su ámbito típico, precisamente por su gravedad, los delitos de trata de personas.

#### 4.2.2.Derogación del art. 313.1

Por presuntas razones de coherencia, el PRCP 2009 deroga el art. 313.1.

Parece, no obstante, que se trata de razones cuestionables. Que suponen aceptar la tesis, doctrinalmente extendida<sup>41</sup>, de que entre los vigentes artículos 313.1 y 318 bis).1 existe un concurso normativo, siendo este último ley preferente. Lo que equivale a la derogación de aquel.

---

<sup>38</sup> MAQUEDA ABREU, “Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis, 2? Las sinrazones de una reforma”, *Revista de Derecho y Proceso Penal* (11), 2004, p. 42.

<sup>39</sup> RECHEA ALBEROLA/Andrea GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, “Tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual en los países de la antigua Unión Europea”, en RECHEA ALBEROLA/Raquel BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ/BENÍTEZ JIMÉNEZ (coord.), *Estudios de Criminología. III*, 2008, p. 220.

<sup>40</sup> SERRANO PIEDECASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en AA.Vv., *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, 1999, pp. 394-397.

<sup>41</sup> HORTAL IBARRA, en GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Política criminal y reforma penal*, 2007, p. 504.

Pero no puede mantenerse que el 318 bis.<sup>1</sup> tenga el carácter de *lex specialis*: no añade elementos nuevos sobre el 313.1. Lo hace, aunque sólo como supuesto alternativo en el Derecho vigente, que incorpora la trata de personas ausente en el delito contra los derechos de los trabajadores. Pero el 318 bis.<sup>1</sup> no puede ser ley especial respecto a este porque ambos no comparten un tronco común del que se pudieran derivar especialidades.

Tampoco puede el 318 bis.<sup>1</sup> ser preferente como *lex consumens*. Porque la consunción no supone la preferencia del precepto que incorpora la pena más grave sobre el que prevé la que lo es menos. Sino del precepto más amplio o complejo, tal como exige el art. 8.3<sup>a</sup> CP. Que lo es el 313.1 por añadir a la, común, “inmigración clandestina” el elemento “trabajadores”.

De apreciar concurso de leyes, en relación de especialidad o de consunción, la ley preferente sería el 313.1; y más claramente si del 318 bis.<sup>1</sup> se extrae la trata de personas. Con la insalvable contradicción de que el hecho de afectar la inmigración clandestina a los derechos de los trabajadores –bien jurídico no baladí para el CP- supondría una penalidad menor<sup>42</sup>; a no ser que, como se ha propuesto doctrinalmente, se optara por elevar la pena del art. 313.1 hasta convertirlo en modalidad agravada del art. 318 bis.<sup>1</sup><sup>43</sup> (PÉREZ CEPEDA, 290); solución que, sin embargo, además de incurrir en exasperación punitiva, terminaría por romper lo que queda de coherencia punitiva en el Título XV.

La interpretación, para evitar resultados incoherentes, debe transcurrir por otros derroteros: el favorecimiento de la inmigración clandestina tiene un ámbito propio definido por las conductas típicas y por los intereses afectados. El art. 313.1 incorpora conductas similares y añade a los intereses afectados un bien jurídico colectivo que el CP ha tenido expresamente en cuenta y al que dedica un Título propio: los derechos de los trabajadores. Si no se quiere desconocer la voluntad de la ley, que debe llevar a castigar con más contundencia allí donde el desvalor de resultado es más intenso, no queda sino apreciar, en presencia de conductas que reúnan los elementos típicos de los artículos 313.1 y 318 bis.<sup>1</sup>, concurso de delitos<sup>44</sup>.

Parece que el PRCP 2009 va a zanjar cualquier polémica al respecto. Derogando el art. 313.1, lo que supone desconocer, contradictoriamente, el valor de los derechos de los trabajadores cuando estos sean, además, extranjeros irregulares. Pero la opción elegida supone también algo más: asegurar “*la impunidad de uno de los eslabones de la cadena criminal –el de los beneficiados por la accesibilidad a mano de obra dócil e indefensa- mientras que el otro –las mafias del tráfico- queda, por razones obvias, al abrigo de la actuación de los Tribunales españoles*”<sup>45</sup>.

De este modo, la sanción de conductas de favorecimiento de la inmigración clandestina a países de la UE queda confinada al ámbito administrativo, en los términos de los artículos 52 a 57 LEX 2009.

<sup>42</sup> POMARES CINTAS, “Las incongruencias del Derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España” (art. 313.1 CP)”, en ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, 2007, p. 305.

<sup>43</sup> PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, 2004, p. 290.

<sup>44</sup> PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, 2008, p. 464.

<sup>45</sup> TERRADILLOS BASOCO, en RUÍZ RODRÍGUEZ (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, 2006, p. 62.

En sentido contrario, la LEX brinda acogida a instrumentos de autotutela preteridos en la legislación anterior. Para hacer viable el reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional - sentencias 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre- a los extranjeros de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, se modifican los artículos 7.1, 8, y 11.

La relevancia de estos derechos, y su carácter de *conditio sine qua non* de la vigencia efectiva de los demás derechos de los extranjeros trabajadores, ha impulsado -bien que a regañadientes- su reconocimiento legal, que lo es también de la relevancia institucional de los derechos ligados a la condición de trabajador. Relevancia desconocida para un legislador que deroga el art. 313.1.

### Tabla de sentencias

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
<i>STS, Sala 2<sup>a</sup>, 08.07.2004</i>	<i>RJ 2004\4291</i>	<i>Joaquín Giménez García</i>
<i>STS, Sala 2<sup>a</sup>, 05.02.1998</i>	<i>RJ 1998\424</i>	<i>José Jiménez Villarejo</i>
<i>STS, Sala 2<sup>a</sup>, 25.01.2007</i>	<i>RJ 2007\258</i>	<i>José Manuel Maza Martín</i>
<i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15<sup>a</sup>, 29.12.2003</i>	<i><a href="#">JUR 2004\254522</a></i>	<i>Alberto Jorge Barreiro</i>
<i>Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre</i>	<i><a href="#">RTC 2007\236</a></i>	<i>María Emilia Casas Baamonde</i>
<i>Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2007, de 19 de diciembre</i>	<i><a href="#">RTC 2007\259</a></i>	<i>Vicente Conde Martín de Hijas</i>

### Bibliografía citada

Adela ASÚA BATARRITA (2002), "La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración", en Patricia LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 17 a 96.

Manuel CANCIO MELIÁ y Mario MARAVER GÓMEZ (2005), "El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-crílminal", en Silvina BACIGALUPO y Manuel CANCIO MELIÁ (coord.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, págs. 343 a 415.

Maria Teresa CASTIÑEIRA PALOU y Ricardo ROBLES PLANAS (2007), “¿Cómo absolver a los “top manta”? (Panorama jurisprudencial)”, *InDret* 2/2007 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI (2006), “Extranjería y privación de libertad”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extraordinario 2006, págs. 39 a 57.

Javier DE LUCAS (2005), “Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes”, en Guillermo PORTILLA CONTRERAS (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal-Universidad Internacional de Andalucía, España, págs. 205 a 219.

Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ (2005), “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, en Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, y Miguel Ángel ACOSTA SÁNCHEZ *Inmigración irregular y Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, España, págs. 137 a 150.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2008), *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, de 2008*.

Javier Gustavo FERNÁNDEZ TERUELO (2006), “La criminalidad de los migrantes. Aproximación criminológica y conciencia social frente al fenómeno”: *Revista Galega de Seguridade Pública* (ed. castellana), 2006 (8), págs. 145 a 186.

Aurora GARCÍA VITORIA (2007), “Extranjería y discriminación: análisis dogmático y jurisprudencial”, en José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR y Esteban PEREZ ALONSO (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 319 a 363.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2008), *Comunicado sobre la política criminal europea en materia de inmigración*, ([www.gepc.es](http://www.gepc.es)).

GRUPO INMIGRACIÓN Y SISTEMA PENAL (2008), *Grupo Inmigración y Sistema Penal*, ([www.inmigrapenal.com](http://www.inmigrapenal.com)).

María Jesús GUARDIOLA LAGO (2007), *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, Thomson-Aranzadi, España.

Juan Carlos HORTAL IBARRA (2007), “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Víctor GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer-B de F, Madrid, págs. 463 a 504.

María Luisa MAQUEDA ABREU (2009), “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s”, en Juan Carlos CARBONELL MATEU/José Luis GONZÁLEZ CUSSAC/Enrique ORTS BERENGUER (dir.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1245 a 1260.

- (2004), "Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis, 2? Las sinrazones de una reforma": *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2004 (11), págs. 39 a 44.

José Aureliano MARTÍN SEGURA (2008), *Inmigración en España ¿Factor de desarrollo o fuente de delincuencia? Un análisis económico*, Ediciones GPS, Madrid.

Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA (2008), "¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad" *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008 (10-06), págs. 1 a 20. (<http://criminet.ugr.es/recpc>).

- (2007), *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Atelier, Barcelona.

José MUÑOZ LORENTE (2004), "La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003", *Revista de Derecho Penal y Criminología* (nº extraordinario 2), págs. 401 a 482.

Esteban J. PÉREZ ALONSO (2008), *Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Ana Isabel PÉREZ CEPEDA (2004), *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Granada, Comares.

Esther POMARES CINTAS, "Las incongruencias del Derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España" (art. 313.1 CP)" (2007), en ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 297 a 318.

PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL 2009, BOCG. Congreso de los Diputados. IX LEGISLATURA. Serie A: PROYECTOS DE LEY 27 de noviembre de 2009 Núm. 52-1; 121/000052. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Cristina RECHEA ALBEROLA/Andrea GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, "Tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual en los países de la antigua Unión Europea" (2008), en Cristina RECHEA ALBEROLA/Raquel BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ/María José BENÍTEZ JIMÉNEZ (coord.), *Estudios de Criminología. III*, Universidad de Castilla-La Mancha, págs. 215 a 232.

María José RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2001.

- "La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica" (2006), en RODRÍGUEZ MESA/RUIZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia (Tirant lo Blanch), págs. 255 a 288.

Ramón SÁEZ VALCÁRCEL, "Inmigración clandestina, "mafias" y luchas contra los pobres. Un tipo penal indecente", *Jueces para la democracia* (54), 2005, págs. 12 a 19.

José Ramón SERRANO PIEDECASAS, "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en AA.VV., *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Madrid (CGPJ) 1999, págs. 359 a 398.

Juan María TERRADILLOS BASOCO (2002), "Delitos laborales", en Diego Manuel LUZÓN PEÑA, (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, págs. 527 a 533.

- "Las reformas penales españolas de 2003: valoración político-criminal" (2005), *Nuevo Foro Penal* (67), págs. 124 a 144.
- "Inmigración, "mafias" y sistema penal. La estructura y la pátina" (2006), en RUÍZ RODRÍGUEZ (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Albacete, Bomarzo, págs. 43 a 66.
- "Extranjería, inmigración y sistema penal" (2006), en RODRÍGUEZ MESA/RUÍZ RODRÍGUEZ, (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, València, Tirant lo Blanch, págs. 39 a 68.
- "Centros de internamiento de extranjeros" (2007), en RAMOS QUINTANA, *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Valladolid, Lex Nova, págs. 877 a 882.
- "Las políticas penales europeas de inmigración" (2009), en RUÍZ RODRÍGUEZ (edit.), *Respuestas internacionales a los retos de la seguridad*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 105 a 133.
- "Introducción al estudio de la incidencia de las variables género, inmigración y edad en las cifras sobre siniestralidad laboral" (2009), en TERRADILLOS BASOCO, (dir.), *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables "género", "inmigración" y "edad"*, Albacete, Bomarzo, págs. 9 a 18.

Carolina VILLACAMPA ESTIARTE, "Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el Código Penal español" (2006), en RODRÍGUEZ MESA/RUÍZ RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 69 a 108.