

# *Revista* **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

## **EL CONTROL PENAL DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR A TRAVÉS DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE INMIGRANTES<sup>1</sup>**

## **THE CRIMINAL CONTROL OF IRREGULAR IMMIGRATION THROUGH THE CRIME OF SMUGGLING OF IMMIGRANTS**

**Manuel Cabezas Vicente**

*Doctorando en Derecho Penal y política criminal por la Universidad de Salamanca*

---

<sup>1</sup> El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Congreso Internacional “Aporofobia y Derecho Penal en el Estado Social” celebrado en la Universidad de Deusto los días 20, 21 y 22 de abril como parte del proyecto I+D+I «Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales» (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, ref. RTI2018-095155-A-C22, perteneciente al proyecto coordinado «Aporofobia y Derecho penal», ref. RTI2018-095155-B-C21). Trabajo desarrollado en el marco del proyecto de investigación “Diagnóstico y evaluación del cumplimiento por el estado español del Pacto Mundial de Migraciones desde la perspectiva de género (Migration Pact)”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades para los años 2020-2023 (Ref.: PID2019-106159RB-100). IIPP: Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca) y María Concepción Gorjón Barranco (Universidad de Salamanca).



## RESUMEN:

En la actual coyuntura social y económica, Europa ha pasado de ser un continente de origen migratorio a un continente de destino de gran cantidad de personas que buscan mejorar sus condiciones económicas, laborales o políticas. Sin embargo, siguiendo sus propios intereses, las instituciones y Estados miembros de la Unión Europea han fomentado políticas tendentes al cierre fronterizo, lo que es aprovechado por diferentes redes de tráfico de migrantes para ofrecer el traslado irregular y clandestino hacia dentro de la Unión. El presente artículo aborda un estudio de las redes de tráfico de inmigrantes, sintetizando una serie de características y patrones comunes a todas ellas, con especial hincapié en las rutas de tráfico del Mediterráneo. Asimismo, se analizan tanto los marcos legislativos de Naciones Unidas y la Unión Europea, como la implementación por parte de los diferentes Estados miembros de esta última. Igualmente, se examina en particular la legislación española y su interpretación jurisprudencial, destacando los puntos débiles, deficiencias y lagunas jurídicas. Finalmente, sobre la base de las características del tráfico y las deficiencias legislativas, se realiza una propuesta *de lege ferenda* que centra su protección sobre los derechos de los inmigrantes, invirtiendo la condición del inmigrante como objeto material para pasar a concebirse como víctima del delito.

## ABSTRACT:

In the current social and economic situation, Europe has gone from being a continent of migratory departure to a continent of destination for a large number of people seeking to improve their economic, labour or political conditions. However, following their own interests, the institutions and Member States of the European Union have promoted policies focused on the closure of borders, which are used by different migrant smuggling networks to offer irregular and clandestine movement towards the Union. The present article carries out a study of the immigrant smuggling networks, synthesizing a series of characteristics and patterns common to all of them, with special emphasis on the Mediterranean smuggling routes. Likewise, the legislative frameworks of the United Nations and the European Union are analysed, as well as the implementation by the different Member States of the last one. In addition to this, Spanish legislation and its jurisprudential interpretation are also particularly examined, highlighting their weaknesses, deficiencies and legal gaps. Finally, based on the characteristics of smuggling and its legislative deficiencies, a proposal of *lege ferenda* that focuses its protection of the rights of immigrants is done by reversing the status of the immigrant as a material object to pass to conceived him as a victim of crime.

## PALABRAS CLAVE:

*Tráfico de inmigrantes, Derecho Penal, política criminal, Unión Europea, inmigración.*

## KEYWORDS:

*Smuggling of migrants, Criminal Law, criminal policy, European Union, immigration.*

## SUMARIO:

1. Globalización y migraciones. 2. El tráfico ilícito de inmigrantes. 2.1. Características comunes de las redes de tráfico de inmigrantes. 3. Derecho internacional y comunitario frente al tráfico ilícito de inmigrantes. 3.1. Regulaciones de Naciones Unidas y la Unión Europea. 3.2. Derecho comparado en la Unión Europea. 4. El tráfico ilícito de inmigrantes en el derecho español. 4.1. Análisis del artículo 318.bis del Código Penal. 4.1.1. Bien jurídico protegido. 4.1.2. Conductas penadas y causa específica de exclusión. 4.1.3. Relaciones entre el Código Penal y la Ley de Extranjería. 4.2. El artículo 318.bis del Código Penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. 5. Conclusiones y propuesta de *lege ferenda*.

## 1. GLOBALIZACIÓN Y MIGRACIONES

Las migraciones siempre han estado presentes a lo largo de la historia. Los ciudadanos europeos, aprovechando los asentamientos coloniales y el desarrollo de los medios de transporte, formaron parte de las migraciones masivas hacia América durante la segunda mitad del siglo XIX. En sentido opuesto, Europa en su conjunto se beneficiaría de la mano de obra migrante para la reconstrucción de un continente devastado tras la Segunda Guerra Mundial.

En la actualidad, debido a la influencia del proceso de globalización y al desarrollo del capitalismo y del libre mercado, gran parte de la población mundial ha quedado excluida del sistema. Por ello, el sistema se estructura sobre lo que HIDALGO-CAPITÁN denomina un *apartheid* global, “en el que los sistemas económicos desarrollados se han convertido en sistemas económicos ciudadelas y los sistemas económicos subdesarrollados se han convertido en sistemas económicos guetos”<sup>2</sup>. Según los datos ofrecidos por el *Credit Suisse Research Institute* en el *Global Wealth Report* de 2020, África y Latinoamérica tan solo acumulan el 1,2 y 3,6% de la riqueza mundial respectivamente, mientras que Norteamérica (31,1%), Europa (23,6%) y China (19,5%) dominan prácticamente el 75% de la riqueza global<sup>3</sup>. Esta dominación económica —pero también política y cultural— mediática<sup>4</sup> —por parte de los Estados del Norte sobre los del Sur será uno de los principales desencadenantes de las masivas migraciones desde los países del Sur hacia el Norte, cuyos factores que las promueven suelen estudiarse bajo el marco “atracción-repulsión” o factores “*push & pull*”.

Por un lado, los factores de expulsión —*push*— de los países de origen tienen que ver con “la brecha que separa las estructuras demográficas y económicas entre el Norte y el Sur, la cual cada vez se hace más amplia”, en un ambiente de expansión global del capitalismo. Además, las grandes multinacionales penetran en las regiones periféricas en busca “de tierras, materias primas, recursos naturales o mano de obra barata, mientras que al mismo tiempo regiones enteras quedan desconectadas de los circuitos mundiales”<sup>5</sup>. Así, se da lugar a situaciones de precariedad económica, conflictos armados, inestabilidad política, catástrofes naturales o daños derivados del cambio climático que conforman diversos e interconectados factores de expulsión.

Por otro lado, los factores de atracción —*pull*— son aquellos relativos a las expectativas que los migrantes tienen acerca de nuevas oportunidades en los países de destino (erróneas en numerosas ocasiones, pues los familiares, medios de comunicación y otros emigrados tienden a mostrar las ventajas de las migraciones, pero no las penurias y fracasos), tales como oportunidades laborales, estabilidad política y mejores condiciones económicas y/o sociales<sup>6</sup>. A la vez, los países de la Unión Europea (UE) se han hecho dependientes de la mano de obra extranjera, la cual es cada vez más necesaria, aun en condiciones de desempleo, “no sólo para cubrir puestos de trabajo de los que huyen trabajadores nacionales, sino también para mantener y garantizar un sistema de bienestar como el de la Unión Europea”<sup>7-8</sup>.

De este modo, en la actualidad Europa destaca como un continente de destino migratorio (si bien la inmensa mayoría de migrantes suelen desplazarse o bien internamente, o bien a países limítrofes). España, dadas sus características geográficas (con frontera terrestre con Marruecos en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla —además del Peñón de Vélez— y marítima, a través del Estrecho de Gibraltar con escasos 14,4 kilómetros y de las islas Canarias), junto con el resto de los países del sur y este de Europa, se configura como una de las principales puertas de entrada al continente europeo. Y es que Europa se consolida —junto con Asia— como

---

<sup>2</sup> HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis. El apartheid global. Desarrollo y subdesarrollo tras la globalización. En: *Revista de Ciencias Sociales*. Vol. XVIII, núm. 2, 2012, p. 217.

<sup>3</sup> CREDIT SUISSE RESEARCH INSTITUTE. *Global Wealth Report 2020*. Zúrich: Credit Suisse Research Institute, 2020.

<sup>4</sup> SANZ MULAS, Nieves. *Política Criminal*. 3ª Ed. Salamanca: Ratio Legis, 2019, p. 223

<sup>5</sup> MICOLTA LEÓN, Amparo. Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales. En: *Revista de Trabajo Social de la Universidad Nacional de Colombia*. Núm. 5, 2005, p. 73.

<sup>6</sup> SANZ MULAS, Nieves. *Política Criminal*. *Op. cit.*, p. 235.

<sup>7</sup> MICOLTA LEÓN, Amparo. Teorías y conceptos... *Op. cit.*, pp. 73-74.

<sup>8</sup> Así lo muestra también el Informe 2/2019 del Consejo Económico y Social, afirmando expresamente que “la inmigración contribuye al crecimiento económico”, su impacto fiscal es “netamente positivo” y su papel resulta clave “para la sostenibilidad financiera de la Seguridad Social”. En: CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Informe 2/2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2020, p. 189 y ss.

el principal continente de destino de la inmigración transnacional, acogiendo aproximadamente 82 y 84 millones de migrantes internacionales respectivamente, esto es, el 61% del total de las migraciones. A continuación, se sitúa América del Norte, con 59 millones, equivalente al 22% del total, seguida de África con el 10%, América Latina y el Caribe con el 4% cada una y Oceanía con el 3%<sup>9</sup>. Así mismo, la población inmigrante en Europa ha experimentado un crecimiento considerable en los últimos treinta años, aumentando de 48 millones en 1990 a los 82 millones del pasado 2019, de los cuales casi 43 millones se corresponden a migrantes nacidos en Europa y 39 millones a inmigrantes no europeos.

Por su parte, los intentos de cruce ilegal de fronteras hacia dentro de Europa detectados por FRONTEX han decaído en los últimos años, tras alcanzar su punto álgido en 2015 debido a la crisis de refugiados sirios. Sin embargo, esta tendencia no se observa en Estados como Grecia o España, donde han aumentado los cruces ilegales a través de las rutas del Mediterráneo Oriental y Occidental<sup>10</sup>. De este modo, el Mediterráneo se ha convertido en el área más mortífera del mundo por causas de migración, condensando el pasado 2019 el 36% del total, que llegaron hasta el 64% de los fallecidos por migraciones en el año 2016<sup>11</sup>.

## **2. EL TRÁFICO ILÍCITO DE INMIGRANTES**

Ante este fenómeno, los Estados desarrollados responden cerrando sus fronteras e implementando severas políticas legislativas tendentes al control de los flujos migratorios, amparándose en la supuesta lucha contra las redes de tráfico de migrantes para castigar al inmigrante irregular, convirtiendo al migrante pobre en el nuevo enemigo del sistema. En este sentido, ZAFFARONI señala que “la población tiene nuevos candidatos a enemigos, que son los inmigrantes que compiten por los mismos espacios de vivienda, de servicios sanitarios, de transporte, de asistencia social y educativos que usan las capas inferiores de la población establecida”<sup>12</sup>. Además, las políticas fronterizas europeas responden a una visión utilitarista del inmigrante, abriendo fronteras cuando resulta necesaria mano de obra y cerrándolas en el momento en que se considera un problema. De este modo, se abrirán y cerrarán fronteras, así como se ofrecerán amplios o restrictivos derechos, en base a un análisis conforme a la dualidad coste-beneficio, que deja de lado cualquier debate relativo a la Dignidad de las personas migrantes<sup>13</sup>.

Las políticas fronterizas restrictivas, que han derivado en la construcción de la “Europa fortaleza”, obligan a los migrantes a buscar canales de entrada clandestinos y a depender de redes de tráfico que, en numerosas ocasiones, aumentan la vulnerabilidad de los migrantes, expuestos a traslados en condiciones inhumanas, que pueden acarrear graves lesiones e incluso su muerte. Como destacaron en un informe conjunto EUROPOL e INTERPOL, se estima que “más del 90% de los inmigrantes que llegan a la Unión Europea lo hacen empleando los servicios de traficantes”, incidiendo en que “se espera que estos números aumenten en el futuro en respuesta a las medidas de control tomadas por los países a lo largo de las rutas migratorias”<sup>14</sup>.

### **2.1 CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LAS REDES DE TRÁFICO DE INMIGRANTES**

A partir del examen de algunos de los principales estudios criminológicos sobre tráfico ilícito de inmigrantes, centrandolo la atención especialmente en aquellos que toman como objeto de referencia a los propios traficantes, se extraen una serie de conclusiones, tales como:

---

<sup>9</sup> OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*. Ginebra: OIM, 2020, p. 26.

<sup>10</sup> FRONTEX. *Risk Analysis for 2020*. Varsovia: Frontex, 2020, p.61.

<sup>11</sup> UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. Nueva York: United Nations publication, sales num. E.18.IV.9, 2018, p. 9.

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 54.

<sup>13</sup> A modo de ejemplo, en plena crisis provocada por la COVID-19, el sector agrícola español no encontraba mano de obra para la recogida de fruta de hueso. Para paliar el problema, el Gobierno aprobó un Real Decreto para conceder un nuevo permiso de trabajo y residencia al elevado número de migrantes que ya trabajaban en las tareas del campo. Ello muestra, nuevamente, la disposición de los Estados a conceder permisos a los migrantes bajo una óptica utilitarista, además de observarse la dependencia del Estado español de la mano de obra extranjera. Véase: VILLAÉCIJA, Raquel (26 de mayo de 2020). El Gobierno premia a los temporeros del Covid con un permiso de trabajo y residencia de dos años. *El Mundo*.

Recuperado de: <https://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2020/05/26/5ecd6dc721efa07a288b45a0.html>

<sup>14</sup> EUROPOL; INTERPOL. *Migrant Smuggling Networks. Executive summary*. La Haya: Europol, 2016, p. 3 y ss.

**a) Reglas de la oferta y la demanda.** Se trata de un negocio altamente lucrativo, regido por la necesidad de satisfacer la demanda total de migración regular y los costes de ésta, resultando especialmente alta en el caso de los refugiados, quienes, por falta de otros medios, necesitan de sus servicios para escapar de sus países de origen<sup>15</sup>. Por otro lado, la oferta de traslado de los traficantes se basa en un reclutamiento proactivo y desinformado para conseguir el mayor número de migrantes posible<sup>16</sup>.

**b) Facilidad de adaptación a los cambios de ruta.** Existe una gran facilidad de adaptación de los traficantes a los cambios de ruta, sufriendo alteraciones vertiginosas las entradas a través de las principales vías de migración hacia Europa, aumentando y disminuyendo sus números en breves periodos de tiempo<sup>17-18</sup> (véase Gráfico 1). Según un estudio de la UNODC, “la geografía, el control de fronteras, la política de migración en los países de destino, las conexiones de traficantes entre países y el coste del paquete ofrecido por los traficantes se encuentran entre los factores clave que determinan las rutas y los métodos de viaje”<sup>19</sup>.

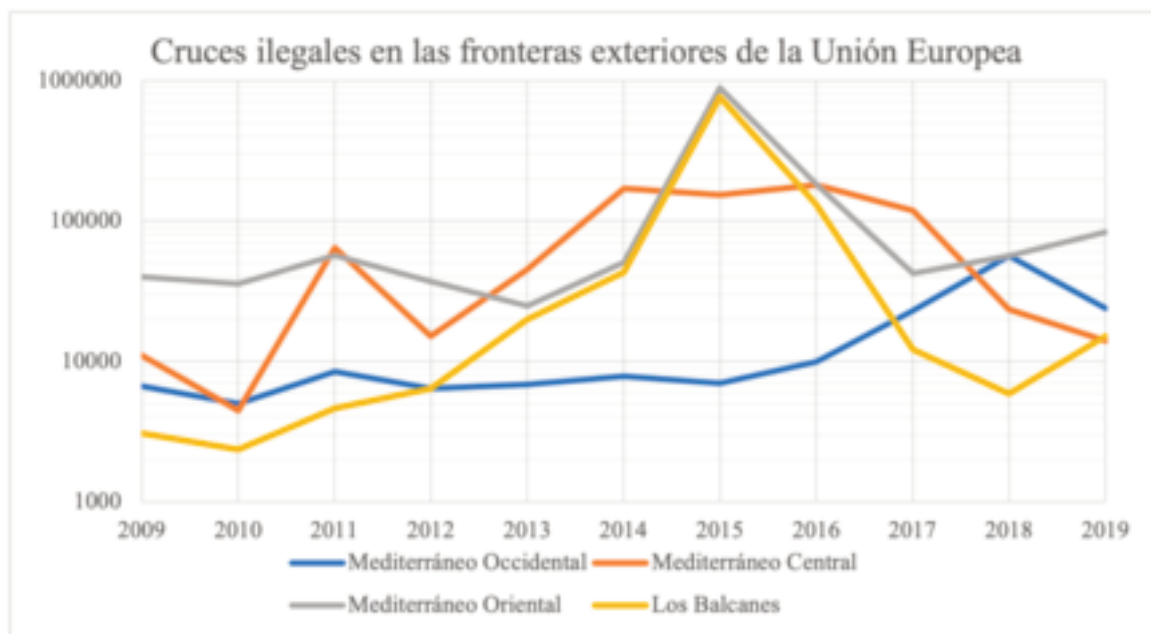


Gráfico 1. Cruces ilegales en las fronteras exteriores de la UE y del espacio *Schengen* (datos extraídos de los anuarios estadísticos de FRONTEX) (2009-2019). *ELABORACIÓN PROPIA*.

**c) Ausencia de grandes monopolios.** Los cambios de ruta repentinos muestran la flexibilidad del mercado, pues en una situación de monopolio resultaría imposible responder con tanta rapidez a las variables demandas del mercado. Tan solo sería factible atender a dicha demanda si muchos individuos o grupos pequeños independientes pudiesen salir y entrar rápidamente del mercado<sup>20</sup>. De ello se desprende que existen unas bajas barreras de entrada al mercado, pues no se requieren habilidades especiales ni altos costes o inversiones, conformándose por actores en gran medida independientes, con jerarquías localizadas y rudimentarias y cierta división del trabajo<sup>21</sup> (si bien en los últimos años las redes más sofisticadas están dominando el mercado en

<sup>15</sup> UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>17</sup> SERRANO MAÍLLO, Alfonso. Limitaciones del enfoque del modelo organizado de delincuencia para el estudio de la inmigración ilegal. En: GALAN MUÑOZ, Alfonso (Dir.); MENDOZA CALDERÓN, Silvia (Dir.). *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 227.

<sup>18</sup> Cabe precisar que los datos sobre inmigración ilegal de los Balcanes deben tratarse con cierta cautela, pues en numerosas ocasiones conducen a un doble conteo, ya que “son en gran medida un subconjunto de los cruces fronterizos ilegales italianos y griegos”. En: CAMPANA, Paolo. The market for human smuggling into Europe: a macro perspective. En: *Policing: A Journal of Policy and Practice*. Vol. 11, num. 4, 2017, pp. 449-450.

<sup>19</sup> UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>20</sup> SERRANO MAÍLLO, Alfonso. Limitaciones del enfoque... *Op. cit.*, p. 227.

<sup>21</sup> CAMPANA, Paolo. Out of Africa: the organization of migrant smuggling across the Mediterranean. En: *European Journal of Criminology*. Vol. 15, num. 4, 2018, p. 496.



aquellas regiones donde las estrategias legales contra el tráfico de inmigrantes son particularmente sólidas, controlando todas las fases del proceso de tráfico: movilización, transporte e inserción<sup>22</sup>).

**d) Conexión étnica, lingüística y/o geográfica entre traficantes y migrantes.** Suele existir un lazo étnico, lingüístico o conexión geográfica entre los traficantes y los inmigrantes, especialmente en el tráfico a menor escala. Un hecho significativo es que gran parte de los traficantes han sido traficados en el pasado<sup>23</sup>, dedicándose posteriormente al tráfico como forma de negocio, pero también bajo una visión altruista de ayuda a su comunidad (en numerosas ocasiones son introducidos en el tráfico por sus propios familiares)<sup>24</sup>. En este sentido, debido a la falta de información y la necesidad apremiante de desplazarse en la mayoría de las ocasiones, la elección del traficante suele basarse en la confianza de la opinión de sus comunidades, parientes, amigos y redes sociales, ayudando, a todo ello, el hecho de poseer un nexo común con el traficante<sup>25</sup>. Por su parte, en la fase de traslado resulta indispensable el dominio del territorio y conocer los mejores lugares y métodos para conseguir llegar al lugar de destino.

**e) Variedad de formas de tráfico.** Cada vez aumenta más la variedad de formas de tráfico, desde falsificaciones documentales (incluidas las falsificaciones en los procedimientos de asilo), el fraude matrimonial, el uso de visas de turista, estudiante o académico, las invitaciones de negocios, a traslados en coches o barcos de goma y botes pesca<sup>26</sup>, donde los migrantes suelen viajar hacinados, con equipos salvavidas muy básicos y sin combustible necesario para llegar a Europa. Además, se ha generalizado la entrada en Europa sin la presencia del traficante, quienes manejan los negocios desde el último país de partida hacia la Unión Europea para evitar ser atrapados por las autoridades europeas. En estos casos, los traficantes escoltan el barco durante la primera parte del trayecto marítimo, dejando a los migrantes solos para navegar hacia la Unión, asignando las tareas de piloto a uno de los pasajeros<sup>27</sup>.

**f) Mayor impacto sobre los colectivos vulnerables.** Todas las instancias internacionales detectan que los migrantes más vulnerables (entre los que se incluyen mujeres y menores) representan cada vez una proporción mayor de los inmigrantes traficados en el mundo, aumentando, de manera espectacular, la relación de menores no acompañados<sup>28</sup>. Según FRONTEX, en 2018 trataron de entrar ilegalmente al territorio de la Unión 30.948 menores, de los cuales 26.430 no se encontraban acompañados (un 85% del total) y 3.753 sí, no disponiendo de información de los 765 casos restantes<sup>29</sup>. Estos menores, en gran cantidad de ocasiones, son enviados por sus padres solos, o con adultos con los que no están relacionados, para que la familia pueda aprovechar más adelante los planes de reunificación<sup>30</sup>.

Los riesgos que corren los migrantes causan cada año miles de muertes, originadas tanto por los peligros sobreenvidados por las condiciones del tráfico, como aquellos derivados de la situación de superioridad de los traficantes. En base al estudio de la UNODC, el 58% de las muertes de migrantes traficados se produjeron por ahogamiento en aguas marítimas, el 19% por condiciones extremas y enfermedades, el 8% por accidentes de

---

<sup>22</sup> CAMPANA, Paolo. The market for human... *Op. cit.*, p. 453.

<sup>23</sup> KLEEMANS, Edward R.; SMIT, Monika. Human smuggling, human trafficking and exploitation in the sex industry. En: PAOLI, Letizia (Ed.). *Oxford Handbook of Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 383.

<sup>24</sup> “Muchas comunidades de migrantes no consideran el contrabando de inmigrantes ilegales como un delito grave. Por el contrario, los contrabandistas son vistos como proveedores de servicios, ofreciendo la oportunidad de encontrar un futuro mejor en otros lugares. Por lo tanto, la razón fundamental detrás del tráfico de personas es el esfuerzo combinado de los inmigrantes, su entorno social y los contrabandistas para eludir las leyes de inmigración”. *Ibidem*, p. 382.

<sup>25</sup> UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. *Op. cit.* p. 6.

<sup>26</sup> Además, según Europol, en 2019 hubo un aumento de tráfico de inmigrantes en motos de agua y lanchas rápidas, habitualmente empleadas para el tráfico de drogas. En: FRONTEX. *Risk Analysis for 2020*. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>28</sup> UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. *Op. cit.*, pp. 8-9.

<sup>29</sup> FRONTEX. *Risk Analysis for 2020*. *Op. cit.*, p. 59.

A pesar de contar con las cifras de menores detectados en 2019, se han empleado las estadísticas de 2018, porque aún falta por determinar el estado del 72% los menores en 2019 (acompañados o no acompañados).

<sup>30</sup> ANGELI, Danai; TRIANDAFYLLIDOU, Anna. Europe. En: MCAULIFFE, Marie (Ed.); LACZKO, Frank (Ed.). *Migrant Smuggling Data and Research: A global review of the emerging evidence base. Volume 1*. Ginebra: OIM, 2016, p. 125.

vehículo y el 6% fueron homicidios (reportados en la mayoría de las rutas de tráfico)<sup>31</sup>. El pasado 2019 pereció en el Mediterráneo el 36% del total de migrantes fallecidos en el mundo, llegando a condensar en 2016 el 64% mundial.

Más allá de las muertes, los migrantes son vulnerables a otras formas de delincuencia. Según la UNODC, son reportados con frecuencia, en todas las rutas de tráfico, casos de violencia, violación, robo, secuestro, extorsión y trata de personas<sup>32</sup>. E igualmente, el desabastecimiento de comida y bebida, y el estado de los vehículos, puede dar lugar a enfermedades y lesiones en el camino que no pueden recibir atención médica<sup>33</sup>. En último lugar, debe recalarse que, si el migrante no puede hacer frente al pago comprometido, debido a que el precio del trayecto se ve incrementado por un cambio sobrevenido en la ruta empleada o por otras razones, el tráfico puede derivar en una relación posterior de dependencia del inmigrante con respecto del traficante, difuminándose las barreras entre lo que inicialmente constituía un tráfico de inmigrantes y la final trata de seres humanos.

### **3. DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO FRENTE AL TRÁFICO ILÍCITO DE INMIGRANTES**

#### **3.1 REGULACIONES DE NACIONES UNIDAS Y LA UNIÓN EUROPEA**

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, pasando por la Convención sobre la esclavitud de 1926 (adoptada en 1956) o Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949, además de otros convenios sobre los derechos de los migrantes<sup>34</sup>, siempre que Naciones Unidas ha abordado el fenómeno migratorio se ha preocupado por la integración social de los inmigrantes y el reconocimiento y respeto de sus derechos<sup>35</sup>.

El vínculo entre inmigración irregular y tráfico de inmigrantes como negocio se estableció a mediados de la década de los 90, pues hasta entonces no solamente no era castigado como delito importante, sino que tenía una connotación positiva, derivada del valeroso tráfico de judíos para escapar de la represión nazi durante el Tercer Reich<sup>36</sup>. Así, y aunque en los artículos 68 y 69 de la Convención de 1990 ya se recogía la prevención y lucha contra la inmigración clandestina y el empleo ilegal, no fue hasta la Resolución 48/102, sobre prevención del tráfico de indocumentados, adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1993, en que se instó a los Estados a tipificar penalmente el tipo de tráfico y a proporcionar un trato humanitario a los migrantes con plena protección de sus derechos<sup>37</sup>. Pero, sin duda, el principal instrumento internacional y actual marco de referencia sobre tráfico de inmigrantes es el Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire, que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, adoptados en Palermo en el año 2000.

---

<sup>31</sup> UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>32</sup> Aunque la mayoría de los estudios coinciden en que las redes de tráfico no suelen estar involucradas en otras formas de delincuencia organizada transnacional ni formar parte de mafias, EUROPOL e INTERPOL han revelado cuatro enlaces entre el tráfico de inmigrantes y otros delitos. Así, según su Resumen Ejecutivo, el 22% del total de los traficantes estaban vinculados al tráfico de drogas, el 20% a la trata de seres humanos, el 20% a delitos contra la propiedad y el 18% a falsificaciones documentales. En: EUROPOL; INTERPOL. *Migrant Smuggling Networks... Op. cit.*, p. 9.

<sup>33</sup> UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>34</sup> Como los diversos Convenios de la OIT, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 1985, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1990 o la Resolución 54/138, sobre violencia contra las trabajadoras migratorias, adoptada por la Asamblea General el 10 de febrero del 2000, la cual atendía a la especial vulnerabilidad de las mujeres migrantes a ser víctimas de abuso y explotación.

<sup>35</sup> PÉREZ ALONSO, Esteban. *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 104.

<sup>36</sup> ANGELI, Danai; TRIANDAFYLIDOU, Anna. Europe. En: MCAULIFFE, Marie (Ed.); LACZKO, Frank (Ed.). *Migrant Smuggling Data... Op. Cit.*, p. 105.

<sup>37</sup> PÉREZ ALONSO, Esteban. Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas. En: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.); PÉREZ ALONSO, Esteban (Coord.). *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 40-41.



Entrando en el contenido del Protocolo, su artículo segundo destaca su finalidad de “prevenir y combatir el tráfico ilícito de inmigrantes, así como de promover la cooperación entre los Estados parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico”<sup>38</sup>. El ámbito de aplicación del Protocolo se extiende a los delitos tipificados en su artículo 6 siempre que sean “de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado”<sup>39</sup>. Por consiguiente, cada Estado parte deberá adoptar las medidas legislativas para tipificar como delito aquellas conductas de tráfico ilícito de inmigrantes que se comentan con el ánimo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de otro orden material, además de las conductas de falsificación de documentos de viaje o identidad, así como su facilitación, suministro o posesión, siempre que se cometan con la finalidad de posibilitar el tráfico ilícito o habilitar a la persona para permanecer en un Estado sin cumplir los requisitos legales para ello. Además, se contemplan como circunstancias agravantes las conductas que pongan en peligro la vida o seguridad de los migrantes y aquellas que den lugar a un trato inhumano o degradante de éstos, especialmente con el propósito de explotación. En último lugar, se excluye la responsabilidad penal de los inmigrantes por haber sido “objeto” de las conductas anteriormente descritas.

Sentado el articulado, ha sido notorio el debate académico acerca del bien jurídico protegido. Por un lado, hay autores como PÉREZ CEPEDA que consideran que, dado que la conducta ilícita consiste en procurar la entrada ilegal, el bien jurídico protegido por la norma son los intereses del territorio de un Estado parte del Protocolo<sup>40</sup>. Sin embargo, por otro lado, coincidiendo con la postura de autores como GUARDIOLA LAGO, se entiende que, si el fin es impedir la entrada ilegal de los inmigrantes, deberían ser ellos los destinatarios de la norma penal, aspecto que se excluye expresamente en el artículo 5 del Protocolo. Además, dado que uno de los aspectos preceptivos que convierte en típica la ayuda de entrada al inmigrante es el beneficio económico —o de otro orden material— del sujeto activo (traficante), podría considerarse que el Protocolo protege la Dignidad de los migrantes, en tanto “la finalidad lucrativa para realizar una migración en los países de origen supone “cosificar” a la persona, esto es, considerarla como un objeto”<sup>41</sup>, si bien no todo tráfico ilegal tiene por qué “cosificar” al inmigrantes y denigrar su Dignidad. Igualmente, el hecho de contemplar entre sus circunstancias agravantes las conductas atentatorias contra la vida y seguridad de los migrantes y los tratos inhumanos o degradantes, muestra el enfoque de protección del Protocolo, sumado, a todo ello, la inclusión del ánimo de lucro en la conducta típica nuclear, lo que excluye de su ámbito de aplicación las actividades de apoyo a los migrantes cometidas por razones humanitarias o por vínculos familiares. En último lugar, debe añadirse que tanto las medidas de protección recogidas en el artículo 16 del Protocolo, como las referencias en su Preámbulo y articulado a la protección de los migrantes<sup>42</sup>, determinan que el tráfico ilícito de inmigrantes, por lo menos en parte, atenta contra la Dignidad y la vida de los emigrantes<sup>43</sup>. En tercer lugar, otros autores mantienen posturas eclécticas sobre el bien jurídico protegido, decantándose por la naturaleza pluriofensiva del delito. En este sentido, ESCOBAR VEAS destaca que, no siendo posible la exclusión de la protección de la política migratoria como bien jurídico dada la naturaleza transnacional del delito, tampoco es posible descartar los derechos de los migrantes dado el elemento subjetivo de ánimo de lucro. Por ello, el tráfico de inmigrantes, además de ser un delito de daño contra los intereses estatales, se configura como un delito de peligro abstracto, destinado a proteger la integridad física y el patrimonio del los migrantes, que habitualmente se encuentran en una situación de vulnerabilidad tanto física como económica<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> Artículo 2 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

<sup>39</sup> Artículo 4 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

<sup>40</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 66.

<sup>41</sup> GUARDIOLA LAGO, María Jesús. *El tráfico de personas en el Derecho Penal español*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pp. 56-57.

<sup>42</sup> Además, en el artículo 18 del Protocolo, se regula por primera vez en un instrumento multilateral la obligación de aceptación de la repatriación del inmigrante irregular por el Estado de origen.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>44</sup> ESCOBAR VEAS, Javier. El ánimo de lucro en el delito de tráfico ilícito de migrantes: análisis crítico de la legislación europea. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. Núm. 46, 2019, p. 7.

En contraste con la tendencia adoptada en las diferentes regulaciones emanadas del seno de Naciones Unidas, la Unión Europea, siguiendo una política migratoria cada vez más restrictiva, ha desarrollado una legislación comunitaria muy amplia y severa, tanto para luchar contra el tráfico de inmigrantes, como para blindar aún más sus fronteras acudiendo, entre otros instrumentos, al Derecho Penal.

En materia de tráfico de inmigrantes, destaca la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, además de la Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. De este modo, la Directiva establece en su artículo 1 que los Estados miembros adoptarán las sanciones adecuadas contra cualquier persona que intencionadamente ayude a otra que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en territorio de otro Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros. Igualmente, insta a castigar a cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a un no nacional de un Estado miembro, a permanecer en el territorio de otro Estado miembro, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros de ese Estado. Finalmente, y exclusivamente para el caso de ayuda a la entrada o tránsito, se prevé que los Estados, potestativamente, decidan excluir las sanciones en caso de que la conducta se realice para prestar ayuda humanitaria.

Por su parte, la Decisión Marco, además de recoger las sanciones para las conductas tipificadas en la Directiva (con penas suficientes para dar lugar a la extradición), considera el ánimo de lucro como circunstancia agravante para el primero de los supuestos (entrada o tránsito ilegal), siempre que se cometa en el seno de una organización delictiva o se hubiese puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, en cuyo caso la pena privativa de libertad no podrá ser inferior a 8 años<sup>45</sup>.

Sentado el articulado de la Unión Europea, su bien jurídico protegido ofrece menores discusiones que en el ámbito de Naciones Unidas. Según se desprende de los propios considerandos, la finalidad de la Directiva es luchar contra la inmigración irregular para alcanzar el objetivo comunitario de lograr un espacio de libertad, seguridad y justicia, sin hacer ninguna referencia a la protección de los derechos de los migrantes “objeto” de tráfico. De este modo, prescindiendo del ánimo de lucro como requisito preceptivo, la regulación de la Unión prevé tipificar como delito cualquier conducta de ayuda a la inmigración irregular, alejándose de la concepción de tráfico como negocio propugnada por Naciones Unidas. Así, se abre la puerta a penar aquellos supuestos de tráfico ilegal entendido como red social o familiar e incluso por razones humanitarias, ya que la exclusión por tal motivo es meramente potestativa para los Estados (ni siquiera se prevé para los motivos familiares). Estas conductas, además de carecer de afección a los derechos de los migrantes, tampoco resultan lesivas para las políticas migratorias de la Unión Europea o de sus Estados miembros, ya que son insignificantes individualmente tratadas, pues no se exige habitualidad en la comisión de éstas<sup>46</sup>.

Igualmente, en relación con la ayuda de permanencia ilegal en territorio de la Unión, a diferencia del Protocolo de Palermo, no se requiere ni el hecho de pertenecer a una organización delictiva, ni la concurrencia de un medio ilegal (como una falsedad documental), así como tampoco se contempla la exclusión por motivos humanitarios (si bien se puede inferir del hecho de exigirse un ánimo de lucro en la conducta típica). En este sentido, como destaca GUARDIOLA LAGO, resulta esencial delimitar lo que es ilegal para el inmigrante y lo que es ilegal para el traficante. Siguiendo el ejemplo propuesto por esta autora, en la facilitación de alimentos con ánimo lucrativo a un inmigrante irregular, el sujeto activo no realizaría ninguna conducta ilícita, pero sí colaboraría en una estancia ilícita del extranjero<sup>47</sup>, por lo que podría ser castigado al amparo de la regulación de la Unión Europea. Aun así, las conductas de ayuda a la permanencia resultan un híbrido entre las definiciones de tráfico ilícito de migrantes y de trata de seres humanos, ya que la relación entre el inmigrante y el traficante no se extingue tras haber facilitado la entrada ilegal, ni constituye una explotación que justifique la punición por delito de trata de personas<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Según el propio artículo 1.4 de la Decisión Marco, se prevé la posibilidad de penar con una duración máxima de un mínimo de 6 años siempre que resulte “indispensable para salvar la coherencia del régimen sancionador nacional”.

<sup>46</sup> GUARDIOLA LAGO, María Jesús. La compleja armonización del delito de tráfico ilícito de inmigrantes (*smuggling of migrants*): ¿Existe un consenso internacional? En: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.). *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, p. 579.

<sup>47</sup> GUARDIOLA LAGO, María Jesús. *El tráfico de personas... Op. cit.*, p. 70.

<sup>48</sup> GUARDIOLA LAGO, María Jesús. La compleja armonización... *Op. cit.*, p. 579.

Además, entre el articulado tampoco se constata ninguna referencia a la necesidad de protección de los migrantes, contando, tan solo, con una agravante por poner en peligro la vida de éstos. Pero, sin duda, lo más grave al respecto es la posibilidad de criminalizar la actuación de los migrantes. Mientras que el Protocolo consideraba al migrante como víctima del tráfico, la Directiva no prevé ninguna cláusula de exclusión de la responsabilidad penal del mismo, llegando a ser apreciado por algunos Estados como un infractor más del delito.

Por ello, puede concluirse que la Unión Europea castiga el favorecimiento de la inmigración irregular, un delito criminológicamente distinto al tráfico de inmigrantes, cuyo bien jurídico son los intereses comunitarios en el control de los flujos migratorios y la salvaguarda de sus fronteras exteriores, en detrimento de los derechos de los migrantes (véanse en la Tabla 1 las diferencias entre las regulaciones de Naciones Unidas y la UE).

	<b>NACIONES UNIDAS</b>	<b>UNIÓN EUROPEA</b>
<i>Organización criminal</i>	Requisito preceptivo.	Agravante.
<i>Ánimo de lucro</i>	Requisito preceptivo.	Agravante (preceptivo para la ayuda a la estancia ilegal).
<i>Agravantes</i>	Peligro para la vida o seguridad de los migrantes. Tratos inhumanos o degradantes.	Peligro para la vida del migrante + ánimo de lucro. Pertenencia a organización delictiva + ánimo de lucro.
<i>Exclusión por motivos humanitarios</i>	Preceptiva (implícita).	Potestativa.
<i>Exclusión por motivos familiares</i>	Preceptiva (implícita).	No se prevé.
<i>Enjuiciamiento penal del migrante</i>	Se prohíbe.	Permitido.
<i>Protección del migrante</i>	Medidas de protección.	No se prevé.

Tabla 1. Diferencias entre la regulación penal del tráfico ilícito de inmigrantes de Naciones Unidas y la ayuda a la inmigración irregular de la Unión Europea. *ELABORACIÓN PROPIA.*

### **3.2 DERECHO COMPARADO EN LA UNIÓN EUROPEA**

Atendiendo al estudio comparado de las legislaciones penales de algunos de los principales Estados de la Unión Europea (como Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Hungría, Italia y Países Bajos, además de Reino Unido) se comprueba como, con algunas variaciones no sustanciales, casi unánimemente reproducen lo recogido en la Directiva de la Unión Europea. Como excepciones, la legislación alemana exige habitualidad o ánimo de lucro en su conducta típica, mientras que Bélgica castiga en dos tipos delictivos autónomos ambas concepciones: por un lado, tipifica el tráfico ilícito de inmigrantes según propugna Naciones Unidas y, por otro lado, la ayuda a la entrada o tránsito irregular según la amplia noción de la Unión Europea (Véase Anexo I).

Igualmente, cabe destacar que diversos países no europeos, tras la ratificación del Protocolo de Palermo, introdujeron en sus ordenamientos jurídicos el delito de tráfico ilícito de inmigrantes conforme a los criterios delimitados en el mismo. Así, Uruguay, Colombia, Chile, Argentina o Perú, entre otros, tipificaron la inmigración ilegal como delito autónomo, independiente del ilícito de ayuda a la inmigración irregular por el que se decantó la Unión Europea<sup>49</sup>.

## **4. EL TRÁFICO ILÍCITO DE INMIGRANTES EN EL DERECHO ESPAÑOL**

En su redacción primigenia, el Código Penal de 1995 carecía de cualquier regulación relativa a la ayuda a la inmigración irregular, el tráfico ilícito de migrantes o la trata de seres humanos. Así, se castigaba, exclusivamente el tráfico ilegal de mano de obra o la inmigración clandestina de trabajadores, contemplando, tan solo, los desplazamientos con una finalidad laboral (artículos 312 y 313 del Código Penal). La primera reforma de gran calado se llevó a cabo en el año 2000, con la aprobación de la LO 4/2000, de 11 de enero<sup>50</sup>, denominada comúnmente como “Ley de Extranjería”. A través de ésta, se incluyeron en el Código Penal los “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, castigando con penas de prisión de hasta tres años la promoción,

<sup>49</sup> ESCOBAR VEAS, Javier. El ánimo de lucro... *Op. cit.*, p. 9.

<sup>50</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de lo extranjeros en España y su integración social.

favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal desde, en tránsito o con destino a España (art. 318.bis), con el tipo cualificado de ánimo de lucro, violencia, intimidación, engaño, o abuso de situación de necesidad de la víctima.

Sin embargo, en el año 2003, el legislador español optó por considerar el tráfico para la explotación sexual como un tipo cualificado de la ayuda a la inmigración irregular (art. 318.bis CP), suprimiendo el antiguo artículo 188 del Código Penal, aun considerándose delitos que protegen bienes jurídicos de diferente naturaleza. Esto trajo consigo la justificación de un severo incremento punitivo del artículo 318.bis, que pasó a castigar el tipo básico de ayuda a la inmigración irregular con penas de hasta 8 años de prisión, dada la gran trascendencia del bien jurídico protegido por la trata. Más acertadamente, en 2010, la trata de seres humanos se tipificó aisladamente a través del artículo 177.bis del Código Penal, incluyéndose en un nuevo Título destinado a ella (Título VII bis CP), pero se mantuvieron las excesivas penas que se preveían en su tipificación conjunta. De este modo, desligada la ayuda a la inmigración irregular de la trata de seres humanos, el legislador español no tuvo otro remedio que reconocer abiertamente en el Preámbulo el predominio de “la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios” en el delito del artículo 318.bis del Código Penal.

#### **4.1 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 318.BIS DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL**

La regulación actual responde a la reforma del artículo llevada a cabo en el año 2015, que prácticamente calca lo dispuesto en la Directiva de la Unión Europea, reduciéndose las penas para dotar de mayor coherencia al ordenamiento jurídico español. Los actuales tipos básicos quedaron redactados de la siguiente forma:

“El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”.

##### **4.1.1. Bien jurídico protegido**

Sin lugar a duda, la principal de las cuestiones a dilucidar en el análisis del delito es la delimitación del bien jurídico protegido por la norma, determinante para justificar la intervención punitiva. A lo largo de las diferentes modificaciones que ha sufrido la figura delictiva, han sido diversas las posturas mantenidas por la doctrina, que varían desde los que defienden la protección de los derechos de los migrantes, a los que argumentan la salvaguarda de los intereses estatales en el control de los flujos migratorios, pasando por aquellas posturas eclécticas que sostienen la existencia de un delito pluriofensivo.

En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que no toda conducta destinada a ayudar a entrar o transitar irregularmente por España atenta contra la Dignidad, Libertad u otros derechos de los extranjeros, aun cuando la conducta se cometa con ánimo de lucro<sup>51</sup>. Esta visión resulta contraria a la imagen de los inmigrantes que llegan a Europa como “seres desvalidos, ignorantes y miserables, manipulados a su antojo por oscuras redes de tráfico”, una percepción que “lejos de contribuir al reconocimiento de sus derechos, constituye una estrategia de los países receptores para consolidar, sin coste alguno, una política migratoria discriminatoria y excluyente”<sup>52</sup> —tal y como se empleó hasta el año 2015 en España—.

En segundo lugar, la ausencia de ánimo de lucro en el tipo básico conlleva castigar situaciones en las que el fin

---

<sup>51</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. La protección de la dignidad humana a través del delito de trata de seres humanos. En: DEL-CARPIO-DELGADO, Juana (Coord.); GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (Coord.). *Derecho Penal: la espada y el escudo de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 106.

<sup>52</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. El modelo de protección penal de los inmigrantes. En: CARBONELL MATEU, Juan Carlos (Coord.); GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.); ORTS BERENGUER, Enrique (Coord.); CUERDA ARNAU, María Luisa (Dir.). *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 1165.



de la conducta sea diferente a la obtención de beneficio económico o material (como la ayuda a la entrada realizada por motivos familiares), lo que hace decaer la postura que sustenta laafección de la Dignidad por la mercantilización o cosificación del migrante. Por tanto, puede concluirse que los tipos básicos del artículo 318.bis del Código Penal, dado que no implican la vulneración de los derechos de los migrantes y, exclusivamente, castigan toda ayuda que implique la contravención de la legislación administrativa, protegen los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios. Esto supone la utilización del Derecho Penal para reforzar la regulación administrativa, constituyendo una auténtica norma penal en blanco.

Todo ello, unido a la expresa mención en la exposición de motivos de la LO 5/2010 de que la *volunta legis* de la norma era el control estatal de los flujos migratorios, la práctica totalidad de la doctrina relaciona el bien jurídico protegido con la protección del interés estatal en el control de los flujos migratorios<sup>53</sup> o el conjunto de disposiciones administrativas que regulan los derechos y libertades de los extranjeros en España<sup>54</sup>, representando un porcentaje muy residual quienes aún argumentan la defensa de los derechos de los ciudadanos extranjeros<sup>55</sup>. Por su parte, no faltan posturas eclécticas que abogan por la protección conjunta de los intereses estatales y los derechos de los migrantes, entre cuyos autores destacan MARTÍNEZ-BUJÁN<sup>56</sup> o LAFONT NICUESA<sup>57</sup>.

#### **4.1.2. Conductas penadas y causa específica de exclusión**

La primera de las conductas tipificadas castiga la acción de ayudar intencionadamente a entrar en territorio español o a transitar a través de éste de un modo que se vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros. Por un lado, como defienden autores como MARTÍNEZ-BUJÁN, la redacción propugna una excesiva extensión del concepto de autor, puesto que “ayudar” significa “prestar cooperación”, lo que implica el reproche de meras conductas de complicidad<sup>58</sup>. Por otro lado, la conducta típica debe vulnerar la legislación administrativa sobre entrada o tránsito sin exigir un mayor desvalor, lo que configura una contraproducente norma penal en blanco que exclusivamente sirve de refuerzo a la legislación administrativa<sup>59</sup>. Del mismo modo, resulta preceptivo un elemento transfronterizo del delito, en tanto se castiga el ingreso en España o tránsito a otro Estado en situaciones de irregularidad, no pudiendo extenderse al tránsito irregular derivado de una entrada regular o limitada. De esta manera, quien entra en territorio español de forma regular o limitada (con un visado de estudios o de turista) y es auxiliado, posteriormente, para transitar a otro Estado de forma irregular, no vulnera la legislación española, la única que puede ser objeto de protección por parte del Derecho Penal español. Por ello, quien reciba la ayuda tendrá que ser un extranjero no autorizado para entrar o residir en España<sup>60</sup>.

---

<sup>53</sup> Véanse GUARDIOLA LAGO, María Jesús. La compleja armonización... *Op. cit.*, p. 590; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. La protección de la dignidad... *Op. cit.*, p. 100; o DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. La inmigración ante la encrucijada: el tráfico ilegal de personas, la trata de seres humanos y la explotación sexual. En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Dir.); BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio. *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 446.

<sup>54</sup> Véase MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 22ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 337.

<sup>55</sup> Véase QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho Penal español. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 884.

<sup>56</sup> Para este autor “el bien jurídico es el propio *status* jurídico del extranjero, o sea, los derechos y libertades reconocidos al extranjero por el ordenamiento jurídico español”, si bien el bien jurídico que ahora predomina son “los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, en sintonía con la legislación administrativa de extranjería”. En: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.). *Derecho Penal. Parte Especial*. 6ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 567.

<sup>57</sup> Para LAFONT NICUESA, al escindirse el delito de trata, el artículo 318.bis “da prioridad al control de los flujos migratorios, si bien protege también, aunque de manera menos intensa que la trata, la Dignidad y Libertad del migrante”. En: LAFONT NICUESA, Luis. Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal. En: RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (Coord.); RIAÑO BRUN, Iñaki (Coord.); POELEMANS, Maitena (Coord.). *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013, p. 206.

<sup>58</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Delitos contra los derechos... *Op. cit.*, pp. 567-568

<sup>59</sup> En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. *Op. cit.*, p. 338; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. La protección de la dignidad... *Op. cit.*, p. 105; o MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Delitos contra los derechos... *Op. cit.*, p. 567.

<sup>60</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho Penal español. Parte especial*. *Op. cit.*, p. 885.

Otro aspecto para tener en cuenta es la causa específica de exclusión de la responsabilidad penal incorporada en su segundo párrafo, que exceptúa, “únicamente”, la ayuda por motivos humanitarios. Así, se exigen de responsabilidad penal aquellas acciones cuya motivación fuese prestar auxilio a inmigrantes en estado de necesidad (tales como alojamiento, transporte, alimentación o préstamo de dinero), cuya sanción está permitida por la legislación europea y castigada por algunos Estados miembros. Sin embargo, esta exclusión resulta del todo insuficiente, pues al contemplarse como un criterio de exención de la pena no se evita la apertura de juicio penal, invirtiéndose la carga de prueba en favor del acusado, que deberá probar que concurrieron los motivos humanitarios. Del mismo modo, la falta de definición del concepto de “ayuda humanitaria” precisa de acudir a su noción internacional, caracterizada por los principios de imparcialidad e independencia<sup>61</sup>). Ello, unido a la inclusión del término “únicamente” en la redacción, descarta de forma rotunda la ampliación de la impunidad a otros supuestos diferentes (como los motivos familiares, que no suponen una ayuda desinteresada), que, por otro lado, podrán verse atenuados en aplicación del tipo privilegiado.

Por su parte, el apartado segundo del art. 318.bis castiga la acción de ayudar, con ánimo de lucro, a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros. Nuevamente, se constata una remisión a la legislación administrativa, configurando una norma penal en blanco que, sin embargo, no tiene por qué vulnerar derechos de los migrantes. A pesar de exigirse un elemento subjetivo de ánimo de lucro, el tipo delictivo choca frontalmente con la base conceptual del tráfico ilícito de inmigrantes y la ayuda a la inmigración irregular, en las que el elemento transfronterizo es un requisito preceptivo (así se hace constar tanto en los Considerandos de la Directiva 2002/90/CE y de la Decisión Marco 2002/946/JAI, como en el Protocolo de Palermo y en el Preámbulo de la LO 5/2010). Esta extensión del ámbito de aplicación de la ayuda a la inmigración irregular equivale “al castigo del mero favorecimiento del inmigrante, y no de la inmigración ilegal, con lo que se estaría coartando la libertad de obrar de los ciudadanos hasta límites insostenibles para un Estado Social y Democrático de Derecho”<sup>62</sup>.

#### **4.1.3. Relaciones entre el Código Penal y la Ley de Extranjería**

A continuación, resulta esencial atender a la relación entre el delito de tráfico ilícito de inmigrantes y las sanciones contempladas en la Ley de Extranjería, que expresamente regula el control de los flujos migratorios (art. 2.bis 2.g Ley de Extranjería). De este modo, atendiendo al estudio comparado de las regulaciones penal y administrativa, se observa cómo esta segunda exige mayores requisitos que la primera. Mientras el art. 318.bis del Código Penal castiga toda conducta destinada a ayudar a la inmigración irregular, la Ley de Extranjería requiere, en todo caso, que dicha conducta se cometa con ánimo de lucro. En tanto el Derecho Administrativo sancionador exige mayores requisitos típicos que las normas penales (incluso en el tipo penal cualificado de ánimo de lucro se equiparan los requisitos penales y administrativos), se vulnera el principio de intervención mínima o *ultima ratio*, lo que requiere de una modificación urgente para dotar de coherencia al ordenamiento jurídico nacional.

Así, resulta necesario reservar un espacio propio al Derecho Administrativo, encargado de tutelar el control de los flujos migratorios<sup>63</sup>, operando el Derecho Penal cuando verdaderamente se vulneren los derechos de los ciudadanos extranjeros. Hasta que no se produzca tal modificación legislativa, resultaría conveniente realizar una interpretación lo más restrictiva posible, delegando a la legislación penal aquellos supuestos en los que exista un desvalor especial que pudiese afectar a los derechos de los migrantes<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> POMARES CINTAS, Esther. Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea. En: *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*. Vol. 19, núm. 29, 2015, p. 14.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>64</sup> Como destaca el Tribunal Supremo español, “la nueva restricción del bien jurídico que tutela el art. 318 bis va a suscitar, tal como ha subrayado la doctrina, problemas de delimitación con la mera infracción administrativa contemplada en el art. 54.1.b) de la LO 4/2000, de 11 de enero, al diluirse en gran medida los límites del campo de aplicación de ambas normas, teniendo que acudir a conceptos y criterios nada precisos a la hora de deslindar el ilícito penal y el administrativo con arreglo a la gravedad de la afectación de bienes jurídicos en principio sustancialmente asimilables”. En este sentido: SSTS 324/2021, de 21 de abril, FJ 7; 422/2020, de 23 de julio, FJ 8; 396/2019, de 24 de julio, FJ 4 y 144/2018, de 22 de marzo, FJ 3.



#### **4.2. EL ARTÍCULO 318.BIS DEL CÓDIGO PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL**

En relación con el análisis jurisprudencial del artículo 318.bis del Código Penal<sup>65</sup>, detallado en el Anexo II, desde su última modificación en 2015, se observan dos claras tendencias del Tribunal Supremo con respecto a la interpretación del bien jurídico protegido por la norma (durante el periodo del 1 de julio de 2015 al 13 de junio de 2021, el Supremo ha resuelto 37 asuntos relativos a la inmigración irregular, pronunciándose, en 27 ocasiones, acerca de los intereses protegidos).

Por un lado, un grupo mayoritario se decanta por la protección de los intereses estatales en el control de los flujos migratorios (63%). A su vez, dentro de este grupo de resoluciones, pueden segregarse dos tendencias:

Una tendencia mayoritaria que aplica el delito del art. 318.bis atendiendo exclusivamente a la vulneración de la normativa administrativa. Entre estos primeros pronunciamientos destacan aquellos que, analizando las diferencias entre los delitos de ayuda a la inmigración irregular y trata de personas, se inclinan por la protección de diferentes bienes jurídicos (STS 144/2018<sup>66</sup>, de 22 de marzo; STS 63/2020<sup>67</sup>, de 20 de febrero o STS 295/2016, de 8 de abril<sup>68</sup>) y aquellos otros que relacionan la defensa de los intereses estatales y comunitarios con el tipo básico del artículo 318.bis, relegando la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros a los tipos cualificados del delito (STS 188/2016, de 4 de marzo<sup>69</sup>).

Una tendencia minoritaria que, aun admitiendo el interés estatal como bien jurídico protegido, requieren un desvalor especial de la acción para justificar la respuesta punitiva (STS 646/2015<sup>70</sup>, de 20 de octubre o STS 807/2016<sup>71</sup>, de 27 de octubre).

Por otro lado, a diferencia de las sentencias anteriores, otra línea jurisprudencial sustenta la naturaleza pluriofensiva del delito (el 37% del total), ampliando el espectro de protección del artículo 318.bis tanto a los intereses estatales como a los derechos de los extranjeros. Así, la gran mayoría de los pronunciamientos reconocen la principal tutela de la política migratoria, “sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral”<sup>72</sup>. En idéntico sentido, en referencia concreta a la protección de la Dignidad humana, destaca la STS 388/2018, de 25 de julio, en la que el Supremo, además de reconocer la finalidad de “respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios”, recalca que “el precepto sigue estando encuadrado bajo la rúbrica relativa a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, presididos por el derecho a la preservación de su Dignidad, lo que im-

---

<sup>65</sup> Para realizar el análisis de la jurisprudencia española, se han tomado como referencia todas aquellas resoluciones del Tribunal Supremo español concernientes al delito de ayuda a la inmigración irregular posteriores al 1 de julio de 2015, fecha en la que entró en vigor la LO 1/2015, por la que se reformó el artículo 318.bis del Código Penal.

<sup>66</sup> STS 144/2018, de 22 de marzo: “el bien jurídico se centra actualmente en la legalidad de la entrada, ubicándose así su objetivo en la tutela de un bien colectivo o supraindividual”.

<sup>67</sup> STS 63/2020, de 20 de febrero: “el delito de trata es un tipo penal contra la persona, mientras que el delito de tráfico ilícito de inmigrantes lo es contra el Estado”.

<sup>68</sup> STS 295/2016, de 8 de abril: “la aparición del nuevo delito de trata de seres humanos, que confina a este tipo penal a la protección en exclusiva de un bien jurídico de menor categoría: el control sobre los flujos migratorios. En su versión anterior confluían otros bienes jurídicos tutelados que ahora lo son a través del art. 177 bis”.

<sup>69</sup> STS 188/2016, de 4 de marzo: “lo que se sanciona es la ayuda intencionada, con y sin ánimo de lucro, a la vulneración por los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, de la normativa legal reguladora de su entrada, tránsito y permanencia en territorio español, con la finalidad de respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios. Y solo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, se atiende además al bien jurídico pregonado en la rúbrica del Título, como “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”.

<sup>70</sup> STS 646/2015, de 20 de octubre: “tras la reforma de 2015 la acusación que impute el delito del artículo 318 bis 1 del Código Penal habrá de identificar, no solamente la conducta probada, sino la concreta infracción administrativa y la razón por la que ésta adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidad meramente administrativa. Solamente ante tal completa identificación del título de condena cabrá ejercitar una adecuada defensa”.

<sup>71</sup> STS 807/2016, de 27 de octubre: “para alcanzar esta relevancia, la infracción normativa tiene que ser determinante del modo en que se burlan los controles legales, para posibilitar la entrada, el tránsito o la permanencia ilegal”.

<sup>72</sup> STS 396/2019, de 24 de julio, FJ 2. Siguiendo la misma argumentación: SSTS 400/2018, de 12 de septiembre, FJ 4; 420/2016, de 18 de mayo, FJ 3 y 6; 482/2016, de 3 de junio, FJ 6 y 214/2017, de 29 de marzo, FJ 16.

pide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para tales derechos como consecuencia de la conducta típica<sup>73</sup>.

Sin embargo, a pesar de reconocerse la naturaleza pluriofensiva del delito, como destaca DE LA FUENTE CARDONA, son muy pocas las sentencias que finalmente lo tienen en cuenta a la hora de restringir la aplicación típica. Se trata, por tanto, de una distinción meramente formal, pues atendiendo a su repercusión práctica, se termina por admitir que el verdadero bien jurídico es la protección de los intereses migratorios<sup>74</sup>.

Por otro lado, el análisis jurisprudencial pone de manifiesto la estrecha relación entre los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de inmigrantes. En 18 de las sentencias analizadas existió condena por el delito del artículo 177.bis del Código Penal, en 14 de ellas no existió trata, en dos resoluciones se aplicó el tipo agravado por explotación sexual anterior a la reforma, por ser la legislación más beneficiosa (si se sancionase actualmente, constituiría un delito de trata), y en dos pronunciamientos el Supremo reconoció que la conducta se enmarcaba en el delito de trata de seres humanos, pero no podía aplicarlo por no ser objeto del pleito, ya que no formaba parte del escrito de acusación. Es decir, en casi un 60% de las sentencias existió relación entre ambas figuras delictivas, resueltas en el 95% de las ocasiones mediante un concurso real de delitos (tan solo la STS 144/2018, de 22 marzo, aplicó un concurso medial).

En último lugar, se constata que más del 90% de las sentencias analizadas (31 de las 34 sentencias estudiadas) apreciaron el ánimo de lucro tipificado como agravante en la legislación actual, lo que servirá de sustento para justificar la inclusión de tal elemento subjetivo en la redacción del tipo básico en la propuesta *de lege ferenda*.

## 5. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del trabajo, la legislación española, al igual que la del resto de Estados miembros de la Unión Europea, es fruto de la deriva restrictiva tomada por ésta, tendente al blindaje de sus fronteras exteriores como respuesta al incremento de la inmigración irregular. Así, se ha mostrado cómo los modelos político-criminales europeos se basan en una “política de inmigración cero” asentada sobre tres pilares, cuyo objetivo principal es el control de los flujos migratorios. Como *prima ratio* destacan los fuertes controles policiales coordinados entre los países de inmigración y migración, así como la reciente militarización de la lucha contra el tráfico de migrantes<sup>75</sup>. Como *secunda ratio*, los Estados han establecido unas normativas administrativas excesivamente restrictivas, destinadas a controlar el cumplimiento de las condiciones económicas y laborales para acceder al *status* de regularidad, así como a flexibilizar y permitir los retornos, devoluciones y expulsiones cuando no se cumplan dichas condiciones. Finalmente, como *ultima ratio*, se ha pasado a castigar penalmente prácticamente toda ayuda a la inmigración irregular, llegando a solaparse las sanciones penales y administrativas, incluso tipificando penalmente conductas permitidas por la legislación administrativa<sup>76</sup>.

En relación con la legislación penal española, como se desprende tanto del análisis del tipo penal del artículo 318.bis, como de su aplicación jurisprudencial, el fin último del legislador, mencionado expresamente en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, es el control de los flujos migratorios, elevándose un ilícito formal a la categoría de norma penal por exigencias de la política criminal seguida en Europa<sup>77</sup>. Por ello, el bien jurídico protegido es exclusivamente el interés estatal y comunitario, concibiendo al Estado como víctima y al inmigrante como objeto e incluso infractor.

---

<sup>73</sup> STS 388/2018, de 25 de junio, FJ 3. En idénticos términos: STS 108/2018, de 6 de marzo, FJ 2.

<sup>74</sup> DE LA FUENTE CARDONA, Francisco Salvador. ¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? Aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular. En: *Revista Crítica Penal y Poder*. Núm. 18, 2019, p. 179.

<sup>75</sup> En 2016, los Ministros de Defensa de la OTAN, en colaboración con Frontex, desplegaron buques militares en el Mar Egeo para acabar con las redes de tráfico de migrantes, además de iniciar la operación EUNAVFOR MED o Sophia, “una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional, frente a las costas libias, para luchar contra las redes de tráfico de personas, prevenir flujos de migración irregular y evitar que muera más gente en el mar”. En: MINISTERIO DE DEFENSA (31 de mayo de 2020). EUNAVFORMED Sophia. *Ministerio de Defensa*.

Recuperado de: [https://www.defensa.gob.es/misiones/en\\_exterior/actuales/listado/eunavformed.html](https://www.defensa.gob.es/misiones/en_exterior/actuales/listado/eunavformed.html)

<sup>76</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. La inmigración ante la encrucijada... *Op. cit.*, p. 449.

<sup>77</sup> En este sentido, DE LUCAS, Javier. *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Esta visión del inmigrante irregular como enemigo del sistema ha justificado la expansión de las prácticas de control, tales como la externalización de fronteras, la instalación de concertinas o la utilización de sistemas de información y control seguidos por la estrategia europea de control de fronteras. En palabras de POMARES CINTAS, tales actuaciones destinadas a la salvaguarda de la seguridad interior se basan en el retorno al juicio de peligrosidad, “en el que lo que prima no es el comportamiento, sino la pertenencia a un colectivo: el extranjero-inmigrante clandestino, que no ha sido invitado para entrar ni para estar, pero se encuentra, o se puede encontrar, entre nosotros. Su estatus de clase determina una categoría de peligrosidad ontológica”<sup>78</sup>. Es más, se observa cómo, interesadamente, los Estados han tratado de asimilar terrorismo con inmigración ilegal, con el fin de encontrar la excusa perfecta para aumentar controles y sanciones<sup>79</sup>.

Por tanto, la inmigración irregular y, concretamente, el extranjero pobre, como reflejo de la aporofobia imperante en las políticas fronterizas europeas, es visto como un peligro por los Estados desarrollados del Norte, ante el que resulta necesario armonizar las legislaciones internas, tanto en materia administrativa como penal, como elemento de control del riesgo<sup>80</sup>. Las severas sanciones penales y, sobre todo, las fuertes restricciones administrativas, no solo no garantizan la disminución de la inmigración irregular (ya que no incide en los motivos estructurales que impulsan las migraciones), sino que pueden generar un efecto criminógeno que favorezca la clandestinidad de las migraciones y, con ello, un aumento de las situaciones de vulnerabilidad a la que están expuestos los migrantes. Además, como se puso de relevancia en el segundo epígrafe, en las regiones que desarrollan estrategias legales más estrictas contra el tráfico ilícito de inmigrantes están proliferando redes de tráfico más grandes y sofisticadas, que suelen guardar relación con otras formas criminales, aumentando, nuevamente, el riesgo para los migrantes.

Por todos estos motivos, se hace necesaria una modificación del artículo 318.bis del Código Penal que transforme su bien jurídico tutelado, pasando del actual control de los flujos migratorios a la protección de los derechos de migrantes, luchando verdaderamente contra el tráfico de inmigrantes y relegando al ámbito administrativo las meras infracciones administrativas propias de la ayuda a la inmigración irregular. Modificación que deberá ir acompañada de una armonización de las legislaciones europeas para evitar la disparidad de requisitos típicos y sanciones, pues, en caso contrario, los traficantes y redes de tráfico podrían desviar sus rutas hacia aquellos Estados con legislaciones más beneficiosas, aprovechando un *forum shopping* que, en último término, sería contraproducente tanto para el propio Estado como para la Unión Europea en su conjunto.

Para ello, se propone construir la redacción típica sobre tres grandes pilares (véase propuesta de *lege ferenda* en el Anexo III):

- **Incluir el ánimo de lucro como elemento preceptivo de la conducta**, que permita castigar exclusivamente la concepción del tráfico como negocio, siguiendo la noción internacional de tráfico ilícito de inmigrantes recogida en el Protocolo de Palermo, tal y como han incluido algunos Estados miembros de la Unión Europea como Alemania, cuyo tipo básico exige ánimo de lucro o habitualidad.

Mediante la introducción del ánimo de lucro se eliminaría toda posibilidad de castigo penal de la ayuda a la inmigración ilegal por cualquier otro motivo, tales como familiares o humanitarios, por lo que no se requeriría su exclusión expresa a través de una causa específica. Igualmente, se equipararían los requisitos típicos administrativos y penales, dejando de castigarse penalmente conductas permitidas en la regulación administrativa.

Finalmente, del análisis jurisprudencial realizado en el epígrafe anterior y recogido en la Tabla 3 del Anexo II, se desprende que casi el 92% de las sentencias analizadas —34 de las 37 sentencias— apreciaron el ánimo de lucro tipificado como agravante en la legislación actual. Por tanto, carece de sentido seguir casti-

---

<sup>78</sup> POMARES CINTAS, Esther. La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio. En: *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*. Núm. 7, 2014, pp. 145-146.

<sup>79</sup> Conclusiones de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política común de inmigración irregular, de 15 de noviembre de 2001: “en Tampere, el Consejo Europeo ha exigido a la Unión que desarrolle políticas comunes sobre asilo e inmigración, teniendo en cuenta la necesidad de un control constante de las fronteras exteriores para detener la inmigración ilegal y combatir a quienes la organizan. Los controles fronterizos deben responder en particular a los desafíos de una lucha eficiente contra las redes criminales, de una acción confiable contra los riesgos terroristas y de crear confianza mutua entre aquellos Estados miembros que han abandonado los controles fronterizos en sus fronteras internas”.

<sup>80</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. La inmigración ante la encrucijada... *Op. cit.*, p. 457.

gando acciones prácticamente inexistentes que, si bien no tienen incidencia a nivel jurisprudencial, pueden tener un efecto de derecho penal simbólico en la población. A modo de ejemplo, en el año 2013 fallecieron más de 500 personas en la costa italiana de Lampedusa<sup>81</sup> ante la pasividad de ONGs y pescadores por miedo a incurrir en el delito de tráfico de inmigrantes, ya que Italia ya había procesado por hechos similares, lo que abrió un amplio debate para modificar el Código Penal italiano (en España la carga de prueba para probar los motivos humanitarios recae sobre el acusado<sup>82</sup>).

- **Exigencia del requisito de transnacionalidad** para garantizar la exclusiva punición de las conductas de tráfico transfronterizas y exclusión de la tipificación de la ayuda a la permanencia ilegal de su articulado. De este modo, estas conductas pasarían a castigarse a través del Derecho Administrativo o, en caso de que medie una falsificación documental, aplicando los delitos tipificados en el Capítulo II del Título XVIII del Código Penal, de las falsedades documentales, lo que resulta especialmente relevante dado el aumento del uso de documentos falsificados detectado por FRONTEX. Por ello, no serían punibles todas aquellas conductas de ayuda a la permanencia con fin lucrativo castigadas por la Unión Europea, tales como la venta de alimentos o un alquiler de alojamiento.
- **Exigir el abuso de la especial situación de vulnerabilidad o necesidad de la víctima** como elemento preceptivo del tipo básico, de forma que las conductas de tráfico ilegal castigadas sean idóneas para poner en peligro a los extranjeros, debiendo el sujeto activo no solo saber tal situación, sino acreditarse que se aprovechó de ella. Solo en tal tesitura se protegerían verdaderamente los derechos de los ciudadanos extranjeros, tal y como rubrica el Título en el que se enmarca el delito. En este sentido, y dado que las cláusulas de “vulnerabilidad” y “necesidad” resultan demasiado genéricas e indeterminadas, en la propuesta se recogen cinco situaciones específicas de particular gravedad que suelen motivar las migraciones forzosas, como son los motivos socioeconómicos, los motivos ecológicos ligados a catástrofes naturales, la persecución política, la huida de guerras y conflictos armados y los motivos de enfermedad, incluyendo, además, “otras situaciones de análoga significación” que las anteriores para poder ampliar el abuso de necesidad o vulnerabilidad a circunstancias de igual gravedad, sin constituir una cláusula tan genérica como la mera vulnerabilidad, necesidad y superioridad contemplada como agravante en la regulación anterior a 2015. Este elemento preceptivo es el tercer pilar sobre el que se asienta la presente propuesta, tutelando como bien jurídico la Dignidad de los migrantes “víctimas” del tráfico. Igualmente, debe conservarse como agravante la pertenencia a organización criminal, pues ni en todos los casos de tráfico ilícito de inmigrantes interviene una organización criminal, ni aun interviniendo ésta tienen por qué llevarse a cabo “cosificando” a los migrantes<sup>83</sup>. Y es que como se puso de relevancia en el Epígrafe 2, en muchas comunidades, el contrabando de inmigrantes no es considerado como un delito grave, sino que es visto por los propios migrantes como una oportunidad de mejorar su futuro, de modo que se sustenta en el esfuerzo combinado de los inmigrantes, su entorno social y los contrabandistas para eludir las leyes administrativas, muy alejado de la supuesta “cosificación” y “despersonalización” asumida por el simple hecho de mediar ánimo de lucro o pertenencia a organización delictiva.

Finalmente, y más allá de las necesarias reformas legislativas, puede concluirse que los Estados dominantes, a la hora de abordar los motivos del tráfico ilícito de migrantes, se centran exclusivamente en las masivas migraciones irregulares, sin prever la posibilidad de que sean sus propias políticas restrictivas migratorias las que propicien o fomenten un incremento del negocio ilegal. Por ello, se hace preciso un cambio en el paradigma de

---

<sup>81</sup> ORDAZ, Pablo (3 de octubre de 2013). Más de 200 fallecidos en el incendio de un barco con inmigrantes en Lampedusa. *El País*.

Recuperado de: [https://elpais.com/internacional/2013/10/03/actualidad/1380791363\\_913633.html](https://elpais.com/internacional/2013/10/03/actualidad/1380791363_913633.html)

<sup>82</sup> A modo de ejemplo, tras el permiso del Gobierno para desembarcar en territorio español el bote de rescate de inmigrantes de la ONG *Open arms*, el partido ultraderechista VOX interpuso una denuncia contra la ONG por “favorecer la inmigración ilegal” y ser “cómplice de las mafias internacionales de tráfico de personas”, si bien se amparó en el artículo 570 del Código Penal, relativo a la colaboración con organización criminal. Véase: BRUNI, Paola (21 de agosto de 2019). VOX denuncia al Open Arms por “favorecer la inmigración ilegal”. *El Confidencial*. Recuperado de: [https://www.elconfidencial.com/espana/2019-08-21/vox-denuncia-open-arms-inmigracion-ilegal\\_2186419/](https://www.elconfidencial.com/espana/2019-08-21/vox-denuncia-open-arms-inmigracion-ilegal_2186419/)

<sup>83</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. En: *Revista General de Derecho Penal*. Núm. 21, 2014.



estudio del fenómeno, actualmente centrado en el lado de la oferta (traficantes), debiendo estudiarse las características de la demanda (migrantes), con objeto de fomentar canales regulares de migración, acceso a protección internacional desde los países de origen y, sobre todo, una transformación del sistema económico que permita el desarrollo social de los países del Sur, pues, en caso contrario, continuarán las crecientes migraciones en busca de auxilio y de mejores oportunidades.

## BIBLIOGRAFÍA

ANGELI, Danai; TRIANDAFYLLIDOU, Anna. Europe. En: MCAULIFFE, Marie (Ed.); LACZKO, Frank (Ed.). *Migrant Smuggling Data and Research: A global review of the emerging evidence base. Volume 1*. Ginebra: OIM, 2016.

CAMPANA, Paolo. Out of Africa: the organization of migrant smuggling across the Mediterranean. En: *European Journal of Criminology*. Vol. 15, num. 4, 2018.

CAMPANA, Paolo. The market for human smuggling into Europe: a macro perspective. En: *Policing: A Journal A Journal of Policy and Practice*. Vol. 11, num. 4, 2017.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Informe 2/2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2020.

CREDIT SUISSE RESEARCH INSTITUTE. *Global Wealth Report 2020*. Zúrich: Credit Suisse Research Institute, 2020.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. La inmigración ante la encrucijada: el tráfico ilegal de personas, la trata de seres humanos y la explotación sexual. En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Dir.); BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio. *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

DE LA FUENTE CARDONA, Francisco Salvador. ¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? Aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular. En: *Revista Crítica Penal y Poder*. Núm. 18, 2019.

DE LUCAS, Javier. *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

ESCOBAR VEAS, Javier. El ánimo de lucro en el delito de tráfico ilícito de migrantes: análisis crítico de la legislación europea. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. Núm. 46, 2019.

EUROPOL; INTERPOL. *Migrant Smuggling Networks. Executive summary*. La Haya: Europol, 2016.

FRONTEX. *Risk Analysis for 2020*. Varsovia: Frontex, 2020.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. En: *Revista General de Derecho Penal*. Núm. 21, 2014.

GUARDIOLA LAGO, María Jesús. La compleja armonización del delito de tráfico ilícito de inmigrantes (*smuggling of migrants*): ¿Existe un consenso internacional? En: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.). *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

GUARDIOLA LAGO, María Jesús. *El tráfico de personas en el Derecho Penal español*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007.

HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis. El apartheid global. Desarrollo y subdesarrollo tras la globalización. En: *Revista de Ciencias Sociales*. Vol. XVIII, núm. 2, 2012.

KLEEMANS, Edward R.; SMIT, Monika. Human smuggling, human trafficking and exploitation in the sex industry. En: PAOLI, Letizia (Ed.). *Oxford Handbook of Organized Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

LAFONT NICUESA, Luis. Los delitos de trata de personas e inmigración ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal. En: RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (Coord.); RIAÑO BRUN, Iñaki (Coord.); POELEMANS, Maitena (Coord.). *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013.

LAURENZO COPELLO, Patricia. El modelo de protección penal de los inmigrantes. En: CARBONELL MATEU, Juan Carlos (Coord.); GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.); ORTS BERENGUER, Enrique

- (Coord.); CUERDA ARNAU, María Luisa (Dir.). *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. La protección de la dignidad humana a través del delito de trata de seres humanos. En: DEL-CARPIO-DELGADO, Juana (Coord.); GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (Coord.). *Derecho Penal: la espada y el escudo de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.). *Derecho Penal. Parte Especial*. 6ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- MICOLTA LEÓN, Amparo. Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales. En: *Revista de Trabajo Social de la Universidad Nacional de Colombia*. Núm. 5, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 22ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*. Ginebra: OIM, 2020.
- PÉREZ ALONSO, Esteban. *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- PÉREZ ALONSO, Esteban. Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas. En: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.); PÉREZ ALONSO, Esteban (Coord.). *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2004.
- POMARES CINTAS, Esther. Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea. En: *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*. Vol. 19, núm. 29, 2015.
- POMARES CINTAS, Esther. La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio. En: *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*. Núm. 7, 2014.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho Penal español. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- SANZ MULAS, Nieves. *Política Criminal*. 3ª Ed. Salamanca: Ratio Legis, 2019.
- SERRANO MAÍLLO, Alfonso. Limitaciones del enfoque del modelo organizado de delincuencia para el estudio de la inmigración ilegal. En: GALAN MUÑOZ, Alfonso (Dir.); MENDOZA CALDERÓN, Silvia (Dir.). *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- UNODC. *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*. Nueva York: United Nations publication, sales num. E.18.IV.9, 2018.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

## LEGISLACIÓN

- Austria. Ley de policía de extranjeros. Gaceta de las Leyes Federales I N° 100/2005, modificado por la Gaceta de las Leyes Federales I n° 157/2006, 1 de septiembre de 2018.
- España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 77, 31 de marzo de 2015.
- Francia. Código para la entrada y estancia de extranjeros y el derecho de asilo (CESEDA). Diario Oficial de la República Francesa, 22 de febrero de 2015.
- Grecia. Ley 4251, N° Hoja 80, Código de Inmigración e Integración Social. Gaceta del Gobierno, 1 de abril de 2014.
- Hungría. Ley C de 2012 - sobre el Código Penal.
- España. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 152, 23 de junio de 2007.
- España. Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. Boletín Oficial del Estado, núm. 278, 21 de noviembre de 2007.



Alemania. Ley de residencia, publicada el 25 de febrero de 2008 (Gaceta de Leyes Federales I p. 162), que fue modificada por última vez por el artículo 4b de la Ley de 17 de febrero de 2020 (Gaceta de Leyes Federales I p. 166). 30 de julio de 2004.

España. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Boletín Oficial del Estado, núm. 234, 30 de septiembre de 2003.

Unión Europea. Directiva (UE) 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 328, 5 de diciembre de 2002, pp. 17-18.

Unión Europea. Decisión Marco 2002/946/JAI del consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 328, 5 de diciembre de 2002, pp. 1-3.

ONU: Asamblea General. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. 15 de noviembre del 2000.

España. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de lo extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado, núm. 10, 12 de enero del 2000.

Italia. Texto consolidado de las disposiciones relativas a las regulaciones de inmigración y las normas sobre la condición del extranjero. Decreto legislativo, texto coordinado, nº 286. Diario Oficial, 25 de julio de 1998.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 281, 24 de noviembre de 1995.

Países Bajos. Código Penal. Ley de 3 de marzo de 1881.

Bélgica. Ley de acceso al territorio, estancia, establecimiento y expulsión de extranjeros. Monitor belga, 15 de diciembre de 1980.

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, núm. 311, 29 de diciembre de 1978.

Reino Unido. Ley de inmigración de 1971. Capítulo 77, 28 de octubre de 1971.

ONU: Asamblea General. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, 217 A (III).

## **JURISPRUDENCIA**

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 324/2021, de 21 de abril.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 422/2020, de 23 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 146/2020, de 14 de mayo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 63/2020, de 20 de febrero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 430/2019, de 27 de septiembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 396/2019, de 24 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 135/2019, de 13 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 77/2019, de 12 de febrero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 655/2018, de 14 de diciembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 648/2018, de 14 de diciembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 400/2018, de 12 de septiembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 388/2018, de 25 de julio,

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 144/2018, de 22 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 108/2018, de 6 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 11/2018, de 15 de enero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 656/2017, de 5 de octubre.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 312/2017, de 3 de mayo.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 261/2017, de 6 de abril.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 214/2017, de 29 de marzo.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 167/2017, de 15 de marzo.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 807/2016, de 27 de octubre.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 736/2016, de 5 de octubre.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 659/2016, de 19 de julio.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 538/2016, de 17 de junio.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 536/2016, de 17 de junio.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 512/2016, de 10 de junio.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 482/2016, de 3 de junio.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 420/2016, de 18 de mayo.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 323/2016, de 19 de abril.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 295/2016, de 8 de abril.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 188/2016, de 4 de marzo.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 178/2016, de 3 de marzo.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 46/2016, de 3 de febrero.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 861/2015, de 20 de diciembre.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 698/2015, de 17 de noviembre.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 658/2015, de 16 de octubre.  
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 646/2015, de 20 de octubre.

## **PÁGINAS WEB**

BRUNI, Paola (21 de agosto de 2019). VOX denuncia al Open Arms por “favorecer la inmigración ilegal”. *El Confidencial*. Recuperado de: [https://www.elconfidencial.com/espana/2019-08-21/vox-denuncia-open-arms-inmigracion-ilegal\\_2186419/](https://www.elconfidencial.com/espana/2019-08-21/vox-denuncia-open-arms-inmigracion-ilegal_2186419/)

MINISTERIO DE DEFENSA (31 de mayo de 2020). EUNAVFORMED Sophia. *Ministerio de Defensa*. Recuperado de: [https://www.defensa.gob.es/misiones/en\\_exterior/actuales/listado/eunavformed.html](https://www.defensa.gob.es/misiones/en_exterior/actuales/listado/eunavformed.html)

ORDAZ, Pablo (3 de octubre de 2013). Más de 200 fallecidos en el incendio de un barco con inmigrantes en Lampedusa. *El País*. Recuperado de: [https://elpais.com/internacional/2013/10/03/actualidad/1380791363\\_913633.html](https://elpais.com/internacional/2013/10/03/actualidad/1380791363_913633.html)

VILLAÉCIJA, Raquel (26 de mayo de 2020). El Gobierno premia a los temporeros del Covid con un permiso de trabajo y residencia de dos años. *El Mundo*. Recuperado de: <https://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2020/05/26/5ecd6dc721efa07a288b45a0.html>

## ANEXO I. DERECHO COMPARADO DE LA UNIÓN EUROPEA

ALEMANIA	
Entrada o tránsito	Entrada irregular con ánimo de lucro o habitualidad de ayuda a varios extranjeros.
Estancia	Residencia irregular y ánimo de lucro.
Tipos cualificados	Comercialización, pertenencia a organización delictiva, empleo de armas, peligro para la vida, tratos inhumanos o degradantes y peligro de lesiones graves.
Causa de exclusión	Profesionales en ejercicio de su deber.
Ámbito territorial	Entrada, tránsito o estancia en otros estados del espacio Schengen.
Sanciones	Básico de 3 meses a 5 años de prisión. Cualificado de 6 meses a 10 años de prisión.

AUSTRIA	
Entrada o tránsito	A sabiendas, ayude a la entrada o tránsito. Sin ánimo de lucro.
Estancia	Facilite la residencia no autorizada. Sin ánimo de lucro.
Tipos cualificados	Entrada o tránsito: ánimo de lucro. Reincidencia. Comercio o tortura. Organización delictiva o peligro para la vida. Estancia: ánimo de lucro.
Causa de exclusión	—————
Ámbito territorial	Entrada o tránsito en Estados miembros de la UE o vecinos de Austria. Estancia en Estados miembros de la UE.
Sanciones	Entrada o tránsito: básico de hasta 1 año de prisión. Cualificados de hasta 2, 3, 5 y 10 años de prisión respectivamente. Estancia: básico de hasta 6 meses de prisión. Cualificado de hasta 3 años de prisión.

BÉLGICA – Ayuda a la inmigración irregular	
Entrada o tránsito	A sabiendas, ayude a la entrada. Sin ánimo de lucro.
Estancia	A sabiendas, ayude a la permanencia. Sin ánimo de lucro.
Tipos cualificados	—————
Causa de exclusión	Ayuda humanitaria.
Ámbito territorial	Estado miembro de la Unión Europea o con acuerdo fronterizo con Bélgica.
Sanciones	Básico hasta 1 año de prisión.

BÉLGICA – Tráfico ilícito de inmigrantes	
Entrada o tránsito	Directamente o través de un intermediario. Ánimo de lucro (directo o indirecto).
Estancia	Directamente o través de un intermediario. Ánimo de lucro (directo o indirecto).
Tipos cualificados	Abuso de autoridad o funcionario en ejercicio de sus funciones. Contra un menor, abuso de vulnerabilidad, violencia, amenazas o coacción, chantaje, secuestro, abuso, engaño, peligro o lesión grave, pérdida de un órgano, habitualidad o bajo una asociación. Causar la muerte o bajo una organización delictiva.
Causa de exclusión	Ayuda humanitaria.
Ámbito territorial	Estado miembro de la Unión Europea o con acuerdo fronterizo con Bélgica.
Sanciones	Básico de prisión de 1 a 5 años. Cualificados de 5 a 10 años, de 10 a 15 años y 15 a 20 años de prisión respectivamente.

<b>FRANCIA</b>	
<b>Entrada o tránsito</b>	Ayuda directa o indirecta. Sin ánimo de lucro.
<b>Estancia</b>	Ayuda directa o indirecta. Sin ánimo de lucro.
<b>Tipos cualificados</b>	Bajo una organización delictiva, riesgo de muerte o lesiones que causen mutilación o lesiones permanentes, condiciones incompatibles con la dignidad, reserva ilegal de un aeródromo o puerto o tráfico de menores.
<b>Causa de exclusión</b>	Amplios motivos familiares y apoyo legal, lingüístico o humanitario.
<b>Ámbito territorial</b>	Entrada, tránsito o estancia en otros Estados del espacio Schengen.
<b>Sanciones</b>	Básico de 5 años de prisión. Cualificado de 10 años de prisión.

Tabla 2a. Análisis comparado de la ayuda a la inmigración irregular en la Unión Europea y Reino Unido.  
*ELABORACIÓN PROPIA.*

<b>GRECIA</b>	
<b>Entrada o tránsito</b>	Facilitar la entrada o salida. Sin ánimo de lucro.
<b>Estancia</b>	Facilitar la residencia. Sin ánimo de lucro.
<b>Tipos cualificados</b>	Entrada o tránsito: ánimo de lucro o pertenencia a una organización delictiva. Estancia: ánimo de lucro.
<b>Causa de exclusión</b>	Motivos familiares y humanitarios.
<b>Ámbito territorial</b>	Salida a otros Estados.
<b>Sanciones</b>	Entrada o salida: básico hasta 10 años de prisión. Cualificado a partir de 10 años de prisión. Estancia: básico a partir de 1 año de prisión. Cualificado a partir de 2 años de prisión.

<b>HUNGRÍA</b>	
<b>Entrada o tránsito</b>	Ayuda a cruzar una frontera estatal irregularmente. Sin ánimo de lucro.
<b>Estancia</b>	Estancia irregular con ánimo de lucro.
<b>Tipos cualificados</b>	Obtener propiedad, tráfico de más de una persona o dañar una instalación o dispositivo.
<b>Causa de exclusión</b>	—
<b>Ámbito territorial</b>	Estancia en otros Estados miembros de la UE o del Espacio Económico Europeo.
<b>Sanciones</b>	Básico de 3 años de prisión para entrada y tránsito y de 2 años para estancia. Cualificado de 1 a 5 años de prisión.

<b>ITALIA</b>	
<b>Entrada o tránsito</b>	Promueva, dirija, organice, financie o transporte. Sin ánimo de lucro.
<b>Estancia</b>	Favorece la permanencia. Ánimo de lucro.
<b>Tipos cualificados</b>	Entrada: cinco o más personas, peligro para la vida o seguridad, trato inhumano o degradante, organización de tres o más personas, utilización de documentos falsos o armas. Explotación sexual o de menores, ánimo de lucro directo o indirecto. Estancia: realizado por dos o más personas o ayuda a cinco o más personas.
<b>Causa de exclusión</b>	Rescate y asistencia humanitaria.
<b>Ámbito territorial</b>	Entrada o tránsito en otro Estado del que no sea ciudadano.
<b>Sanciones</b>	Entrada: básico de 1 a 5 años de prisión. Cualificado de 5 a 15 años de prisión. Hiperagravado, aumento de un tercio a la mitad. Estancia: básico de hasta 4 años de prisión. Cualificado, aumento de un tercio a la mitad.

<b>PAÍSES BAJOS</b>	
<b>Entrada o tránsito</b>	Ayude a acceder o transitar. Sin ánimo de lucro.
<b>Estancia</b>	Ánimo de lucro.
<b>Tipos cualificados</b>	Ejercicio de cargo o profesión. Organización delictiva. Riesgo de muerte o lesiones graves.
<b>Causa de exclusión</b>	—————
<b>Ámbito territorial</b>	Otros Estados UE, Estados parte del Protocolo de Palermo, Islandia y Noruega.
<b>Sanciones</b>	Básico de hasta 6 años de prisión. Cualificados de hasta 8, 10 y 15 años de prisión respectivamente.

<b>REINO UNIDO</b>	
<b>Entrada o tránsito</b>	Sin ánimo de lucro con creencia razonable de que el ciudadano no es ciudadano de la UE y de que se comete un ilícito administrativo.
<b>Estancia</b>	Sin ánimo de lucro con creencia razonable de que el ciudadano no es ciudadano de la UE y de que se comete un ilícito administrativo.
<b>Tipos cualificados</b>	—————
<b>Causa de exclusión</b>	Acción de una ONG de ayuda a refugiados.
<b>Ámbito territorial</b>	Otros Estados miembros de la Unión Europea.
<b>Sanciones</b>	Básico de hasta 14 años de prisión.

Tabla 2b. Análisis comparado de la ayuda a la inmigración irregular en la Unión Europea y Reino Unido. *ELABORACIÓN PROPIA.*

## **ANEXO II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ART. 318.BIS DEL CÓDIGO PENAL (2015-2021)**

Tabla 3. Análisis jurisprudencial del art.318.bis del Código Penal (2015-2021). *ELABORACIÓN PROPIA.*

<b>SENTENCIA TS</b>	<b>Bien jurídico</b>	<b>Ánimo de lucro</b>	<b>Trata</b>
324/2021, de 21 de abril	Intereses estatales.	Sí.	Sí.
422/2020, de 23 de julio	Intereses estatales.	Sí.	Sí.
146/2020, de 14 de mayo	—————	Sí.	Sí.
63/2020, de 20 de febrero	Intereses estatales.	Sí.	Sí.
430/2019, de 27 de sept.	—————	Sí.	Sí.
396/2019, de 24 de julio	Pluriofensivo.	Sí.	Sí.
135/2019, de 13 de marzo	—————	Sí.	No.
77/2019, de 12 de febrero	Intereses estatales.	Sí.	Sí.
655/2018, de 14 de dic.	—————	Sí.	No.
648/2018, de 14 de dic.	—————	Sí.	Sí.
400/2018, de 12 de sept.	Pluriofensivo.	Sí.	No.
388/2018, de 25 de julio	Pluriofensivo.	Sí.	No.
144/2018, de 22 de marzo	Intereses estatales.	Sí.	Sí. Concurso medial.
108/2018, de 6 de marzo	Pluriofensivo.	No.	Sí.

<b>SENTENCIA TS</b>	<b>Bien jurídico</b>	<b>Ánimo de lucro</b>	<b>Trata</b>
11/2018, de 15 de enero	Pluriofensivo.	Sí.	No.
656/2017, de 5 de octubre	Intereses estatales.	Sí.	Sí.
312/2017, de 3 de mayo	—————	Sí.	Sí.
261/2017, de 6 de abril	Intereses estatales.	No.	No.
214/2017, de 29 de marzo	Pluriofensivo.	Sí.	Regulación anterior, agravante por explotación sexual.
167/2017, de 15 de marzo	—————	Sí.	Sí.
807/2016, de 27 de oct.	Intereses estatales.	Sí.	Sí.
736/2016, de 5 de octubre	—————	Sí.	Sí.
659/2016, de 19 de julio	Intereses estatales.	Sí.	No.
538/2016, de 17 de junio	Intereses estatales.	Sí.	Sí.
536/2016, de 17 de junio	Intereses estatales.	Sí.	No.
512/2016, de 10 de junio	Intereses estatales.	Sí.	No.
482/2016, de 3 de junio	Pluriofensivo.	Sí.	No.
420/2016, de 18 de mayo	Pluriofensivo.	Sí.	Sí.
323/2016, de 19 de abril	—————	Sí.	No se acusó.
295/2016, de 8 de abril	Intereses estatales.	Sí.	Regulación anterior, agravante por explotación sexual.
188/2016, de 4 de marzo	Intereses estatales.	Sí.	No se acusó.
178/2016, de 3 de marzo	Pluriofensivo.	Sí.	Sí.
46/2016, de 3 de febrero	—————	No.	No.
861/2015, de 20 de dic.	Intereses estatales.	Sí.	Sí.
698/2015, de 17 de nov.	—————	Sí.	No.
658/2015, de 16 de oct.	Intereses estatales.	Sí.	No.
646/2015, de 20 de oct.	Intereses estatales.	Sí.	No.

### **ANEXO III. PROPUESTA DE LEG FERENDA DEL ART. 318.BIS DEL CÓDIGO PENAL**

#### **Art. 318 bis. Delito de tráfico ilícito de inmigrantes.**

1. El que ayude a entrar en territorio español o a transitar por él con destino a otro Estado a una persona que carezca del derecho a la libertad de circulación en la Unión Europea, de manera que se vulnere la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o de otro orden material y siempre que se actúe en provecho de su situación de vulnerabilidad o necesidad por motivos socioeconómicos, catástrofes naturales, persecución política, conflictos armados, enfermedad u otras situaciones de análoga significación a las anteriores, será castigado con la pena de multa de 3 a 12 meses o prisión de 6 meses a 2 años.



2. Los hechos a los que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de 2 a 6 años cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
  - a) Cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz.
  - b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas víctimas de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.
  - c) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización criminal. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.
3. Además de las penas contempladas en los párrafos 1 y 2, se impondrá, a quienes realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo que dure la condena.
4. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

