

ESTUDIOS

TRÁFICO ILÍCITO DE PERSONAS. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL (I)

JOSÉ MARÍA LÓPEZ CERVILLA

Fiscal

Sumario: 1. La reforma del artículo 318 bis por la Ley Orgánica 11/2003: 1.1 Modificaciones introducidas en el artículo 318 bis del CP por la Ley Orgánica 11/2003. 1.2 La unificación en el artículo 318 bis de todas las conductas relativas al tráfico ilegal de extranjeros. 1.3 Tráfico de personas. Sucesión temporal de tipos.—2. Bien jurídico protegido.—3. Tipo básico de tráfico ilegal de personas. Artículo 318 bis 1 CP: 3.1 Sujeto activo. 3.2 Sujeto pasivo. 3.3 La conducta típica: a) Traslados por el interior del territorio nacional de inmigrantes. b) La entrada aparentemente legal en España y el tráfico de turistas. 3.4 Tipo subjetivo. 3.5 Autoría y formas de participación. 3.6 Iter Criminis y grados de ejecución. 3.7 Cuestiones concursales: 3.7.1 318 bis.1 (tipo básico de tráfico ilegal) y 313.1 (inmigración clandestina). 3.7.2 318 bis (tráfico ilegal de personas) y los delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 312.1, 312.2, 2.º y 313.2, 3.7.3 318 bis (tráfico ilegal de personas) y anterior artículo 188.2 (tráfico sexual). 3.7.4 318 bis (tráfico ilegal de personas) y otros delitos.

Resumen.—La primera vez que se tipifica en el CP una conducta de tráfico ilícito de personas fue con la introducción del artículo 499 bis por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, en un nuevo capítulo como «delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo» y que en su número 3 castigaba «al que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra o inter venga en migraciones fraudulentas». El CP de 1995, dentro del título dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores, incluyó el castigo, en su artículo 312, del tráfico ilegal de la mano de obra y, en su artículo 313.1, de la promoción o el favorecimiento de la inmigración clandestina a España.

* * *

La disposición final segunda de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, de Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introdujo un nuevo título en el CP, el XV bis, con la rúbrica «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros» y compuesto por un sólo artículo, el 318 bis, que castigaba el tráfico ilegal de personas con carácter general. Al mismo tiempo la disposición final primera de esta Ley, elevó las penas de

los delitos de los artículos 312 y 313 del CP, estableciendo éstas de 2 a 5 años de prisión y multa de seis a doce meses. Así mismo, la disposición final tercera modificó los artículos 515, 517 y 518, tipificando como asociación ilícita aquellas que promuevan el tráfico ilegal de personas. (Esta modalidad de asociación ilícita es suprimida por la Ley Orgánica 15/2003 que entrará en vigor el 1 de octubre de 2004).

1. LA REFORMA DEL ART. 318 BIS POR LA LEY ORGÁNICA 11/2003

La disposición adicional primera de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 (Ley de Extranjería) establecía que «Los Ministerios de Justicia y del Interior adoptarán las medidas necesarias para que la Comisión Técnica, constituida en el seno del Ministerio de Justicia para el estudio de la reforma del sistema de penas del CP, examine las modificaciones necesarias en relación con los delitos de tráfico ilegal de personas, en particular en los casos en los que intervengan organizaciones que, con ánimo de lucro, favorezcan dicho tráfico» Era, por tanto, de esperar una reforma del CP que supusiera una elevación de las penas del artículo 318 bis.

Estas previsiones se cumplen con la Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, de «Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros» que eleva de una manera sustancial las penas establecidas en el artículo 318 bis⁽¹⁾, pero contiene además otras modificaciones importantes en la tipificación del tráfico ilegal de personas.

1.1 Modificaciones introducidas en el artículo 318 bis del CP por la Ley Orgánica 11/2003

La Ley Orgánica 11/2003 de 29 septiembre, de «Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros», además de elevar sustancialmente las penas, ha introducido otras importantes modificaciones en el artículo 318 bis del CP.

Se modifica la redacción del tipo básico del número 1, añadiendo a las conductas típicas las relativas a la inmigración clandestina previstas en el artículo 313 y aunque omite la expresión «por cualquier medio» de este precepto, se añade la conducta consistente en facilitar aquella, y la posibilidad de promover, favorecer o facilitar, tanto el tráfico ilegal como la inmigración clandestina, *directa o indirectamente*. Se establece como pena del tipo básico la de prisión de 4 a 8 años (antes se castigaba con pena de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses).

El número 2 cualifica el tráfico de personas cuando la finalidad sea de explotación sexual. Por este motivo se ha suprimido el número 2 del artículo 188 del CP introducido por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 abril, que ya tipificaba esta conducta. Pero existen importantes diferencias entre el tipo del antiguo 188.2 y el del 318 bis.2. Este último ya no exige que la conducta se perpetre empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Si se emplea cualquiera de los

⁽¹⁾ Penas que son muy superiores a las exigidas por la normativa de la Unión Europea constituida fundamentalmente por la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 (2002/629/JAI) relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, por la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 (2002/946/JAI) que refuerza el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada a la circulación y a la estancia irregulares, que establecían una pena máxima mínima para determinados subtipos agravados de ocho años de prisión (que podía reducirse a seis años cuando lo exija la coherencia del régimen sancionador nacional).

anteriores medios, excepto el relativo al abuso de la situación de necesidad, se aplicará el subtipo agravado del número 3. De otro lado desaparece la conducta consistente en favorecer la estancia empleando aquellos medios que establecía el 188.2. La pena prevista en el artículo 318 bis.2 es de 5 a 10 años de prisión que se agrava, al igual que el tipo básico, si concurren las cualificaciones de los números siguientes. Como consecuencia de esta pena, se habrá de incoar siempre Sumario para la tramitación de las causas penales por este delito (art. 757 LECrM).

En el número 3 del artículo 318 bis se unifican las agravaciones que establecían los números 2 y 3 del anterior precepto (ánimo de lucro; empleo de violencia intimidación o engaño; se hubiera puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas y cuando la víctima sea menor de edad). Desaparece como circunstancia agravante el abuso de la situación de necesidad de la víctima y se añade, como cualificación, el abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima o que aquella sea incapaz. La pena en estos casos es de 6 a 8 años para el tráfico de personas en general y de 7 años y 6 meses a 10 años para el tráfico con fin de explotación sexual.

El número 4 contempla la agravación de prevalecerse de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público con una redacción similar a la anterior.

En el número 5, que establece la agravación de la pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedique a la realización de estas actividades, se añade la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena y se prevé la posibilidad de adoptar las medidas del artículo 129 (clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, disolución de la sociedad etc.). La pena privativa de libertad en este caso sería de 8 años y 1 día a 12 años para el tráfico de personas en general y de 10 años y 1 día a 15 años para el tráfico sexual de personas. También se ha añadido un subtipo hiperagravado castigado con la pena anterior en su mitad superior y con la posibilidad de imponer la pena superior en grado cuando se trate de jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, es decir la pena puede alcanzar los 18 años en el tráfico de personas en general y los 22 años y 6 meses para el tráfico sexual (pena esta última que es superior a la del asesinato).

Finalmente y probablemente para paliar las consecuencias de esta exacerbación punitiva, el número 6 del artículo 318 bis establece la posibilidad de que, los Tribunales puedan imponer la pena inferior en grado a la respectivamente señalada teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste.

1.2 La unificación en el artículo 318 bis de todas las conductas relativas al tráfico ilegal de extranjeros

Con anterioridad a la reforma del artículo 318 bis CP por la Ley Orgánica 11/2003, se distinguían nítidamente tres conductas punibles de tráfico de personas sancionada cada una de ellas por un tipo penal diferente: tráfico de personas en general del artículo 318 bis, tráfico de trabajadores del artículo 313.1 y tráfico sexual del artículo 188.2.

La concurrencia de los tres tipos ocasionaba algunos problemas de concursos de normas que se resolvían, según la doctrina mayoritaria y la circular de la Fiscalía General del Estado (FGE) 1/2002, acudiendo al principio de especialidad. Así se consideraba que el tipo del 188.2 era especial frente al 318 bis por la finalidad de explotación sexual el tráfico de personas. Ahora bien el artículo 188.2 exigía el empleo de unos determinados medios comisi-

vos (empleo de violencia, intimidación o engaño, o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima) y en el caso de no concurrir estos (por ejemplo porque la persona haya querido venir a España voluntariamente para ejercer la prostitución) se debía aplicar el tipo genérico del artículo 318 bis. Así lo entendía la Jurisprudencia como veremos al estudiar el tráfico de personas con el fin de explotación sexual.

El concurso entre el artículo 313.1 (inmigraciones clandestinas de trabajadores) y el artículo 318 bis también se resolvía por el principio de especialidad según la doctrina mayoritaria. El tipo del artículo 313.1 era especial frente al del 318 porque el sujeto pasivo debía ser un trabajador. Ahora bien, en la aplicación del artículo 313.1, tras la introducción del tipo del artículo 318 bis por la Ley Orgánica 4/2000, se nos planteaba la duda si debíamos seguir con el concepto amplísimo de trabajador que se utilizaba antes de aquella reforma para evitar la impunidad de ciertas conductas reprobables, o ahora existiendo el tipo del 318 bis debíamos utilizar un concepto más estricto de trabajador. En la práctica, salvo en algunas Fiscalías, parece que nos inclinamos por esta última interpretación. Por otro lado la relación de especialidad era evidente entre el 313.1 y el tipo básico del 318 bis.1, pero no lo era tanto cuando concurría alguno de los supuestos cualificados del 318 bis (ánimo de lucro, empleo de violencia o intimidación, puesta en peligro de la vida de la víctima, pertenencia a organización...) puesto que, estos elementos no estaban contemplados en el tipo del 313.3 por lo que cabía sostener (aunque la Circular 1/2002 no lo entendía así) que el tipo especial era realmente el del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Finalmente la conducta descrita en el 318 bis (tráfico ilegal de personas) era más amplia que la tipificada en el artículo 313.3 (inmigración clandestina) por lo que, como señalaba la Circular FGE 1/2002, en los supuestos de tránsito ilegal por territorio nacional o de salida ilegal del mismo de personas, trabajadoras o no, se aplicaría el artículo 318 bis, al ser supuestos no contemplados expresamente en el artículo 313.1 que se ceñía a la inmigración.

Con la reforma del 318 bis y con la supresión del tipo del artículo 188.2 se han eliminado los problemas concursales en el tráfico de personas con el fin de explotación sexual, puesto que esta conducta se contempla en el número 2 del artículo 318 bis como un subtipo agravado del tipo básico del número 1. Sin embargo, se mantienen los problemas concursales entre el 313.1 y el artículo 318 bis. Aunque todas estas cuestiones se tratarán con mayor amplitud más adelante en un apartado específico relativo a los problemas concursales del tráfico ilegal de personas, sí hemos de intentar avanzar ahora una posible solución. En principio pese al incremento de penas del artículo 318 bis que motiva que la penalidad de este precepto sea muy superior a la del artículo 313.1, es posible seguir manteniendo, como ya lo ha hecho algún autor⁽²⁾, que el tipo del artículo 313 es especial, por la condición de trabajador del sujeto activo, frente al 318 bis. De este modo resulta que el tipo del artículo 313.1 se convierte en un tipo privilegiado y atenuado que carece de cualquier justificación.

En mi opinión, y sin perjuicio de exponer más adelante con detenimiento los argumentos que me llevan a ella, el nuevo artículo 318 bis ha desplazado completamente el delito del artículo 313, haciendo de este un tipo inaplicable. Tras la reforma, el tipo del artículo 318 bis abarca todas las conductas de tráfico ilegal: de personas en general, con finalidad de explotación sexual y de trabajadores. No hay ninguna duda de que esta ha sido la intención del Legislador, basta para comprobarlo con acudir a la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003. El legislador indica que «el nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas –con independencia de

⁽²⁾ PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Comares, 2004.

que sean o no trabajadores— será castigado con prisión de cuatro a ocho años.» No es sólo que se hayan aumentado las penas, sino que, al introducirse las conductas relativas a la inmigración clandestina (que se extraen del art. 313,1) en el tipo básico del artículo 318 bis, dificulta sobremedida seguir manteniendo que el tipo del artículo 313 es especial porque, aunque el artículo 318 bis no alude a la condición de trabajadores del sujeto pasivo como sí hace el artículo 313, ello es innecesario porque el término inmigrante (sujeto pasivo del art. 318 bis) es inherente al de trabajador entendido en sentido amplio como persona que se desplaza a otro país con el fin de establecerse trabajando. Al no existir especialidad en el tipo del artículo 313,1, no hay otra opción que, atendida la diferencia punitiva, acudir al principio de alternatividad para resolver el concurso de normas y castigar por el delito con mayor pena que es el del artículo 318 bis. Seguir otro criterio supondría que en la práctica surgieran problemas con soluciones inaceptables y totalmente injustas (en el apartado relativo a supuestos concursales se expondrán algunos ejemplos).

Por ello, creo que, en el artículo 318 bis se han unificado todas las conductas relativas al tráfico de personas extranjeras, las de trabajadores, las que tienen finalidad de explotación sexual o las que se produzcan por cualquier motivo. La reforma de la Ley Orgánica 11/2003, no ha derogado expresamente el artículo 313.1, pero sí lo ha hecho tácitamente o al menos lo ha convertido en un tipo inaplicable.

1.3 Tráfico de personas. Sucesión temporal de tipos

Aunque el artículo 318 bis ha unificado todas las conductas relativas al tráfico de personas extranjeras, en la práctica con frecuencia, al analizar conductas perpetradas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/2003, tendremos que aplicar los anteriores tipos penales en virtud del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, que es el de aplicación en este caso puesto que las sucesivas reformas del CP han ido incrementando las penas para estas conductas. Con la finalidad de facilitar la aplicación de las normas derogadas, veremos cuales estaban vigentes en cada intervalo temporal.

Desde la entrada en vigor de la Ley 44/1971, de 15 noviembre («BOE» de 16 noviembre) hasta el 25 de mayo de 1996.

El único tipo aplicable era el del artículo 499 bis.3 (incluido en el capítulo de delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo) que castigaba las conductas relativas a las migraciones fraudulentas con la pena de arresto mayor y multa. En este tipo podrían estar comprendidas también las conductas relativas al tráfico sexual de personas (en este sentido la sentencia Tribunal Supremo número 143/1998, de 5 febrero, RJ 1998/424).

Desde el 26 de mayo de 1996 (entrada en vigor del CP de 1995) hasta el 20 de mayo de 1999⁽³⁾.

El tipo aplicable era el artículo 313.1 CP, incluido en el título de delitos contra los derechos de los trabajadores, que castigaba la promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España con la pena de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses. Como veremos posteriormente el término trabajadores era interpretado de una forma muy amplia. También podría ser aplicable a conductas de tráfico

⁽³⁾ Para fijar las fechas de entrada en vigor de cada Ley utilizo un cuadro muy útil elaborado por Jesús Gázquez Martín que comprende todos los preceptos del CP de 1995 que han sido modificados con expresión de las leyes que los modifican, introducen o derogan y periodo de su vigencia.

con finalidad sexual (En este sentido por ejemplo la Sentencia Tribunal Supremo número 2205/2002, de 30 enero, RJ 2003/2027).

Desde el 21 de mayo de 1999 (entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 abril) hasta el día 31 de enero de 2000.

El artículo 313 continúa castigando la inmigración clandestina con idéntica pena, pero se añade el tipo del artículo 188.2 que castigaba a quien directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima con la pena de 2 a 4 años de prisión y multa de 12 a 24 meses. Entiendo que, si no concurrían los medios comisivos del artículo 188.2, la conducta debería ser sancionada por el tipo del artículo 313.1 (Sobre la interpretación del concepto de trabajador y su posible aplicación al ejercicio de la prostitución o a ciertas actividades relacionadas con aquella, como el alterne, se hablará más adelante a lo largo de este trabajo).

Desde el 1 de febrero de 2000 (entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero) hasta el 30 de septiembre de 2003.

La Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, introduce el nuevo artículo 318 bis que castiga a los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. Al mismo tiempo la Ley Orgánica 4/2000 eleva las penas del artículo 313.1. También se introducen modificaciones en los artículos 515, 517 y 518 para castigar como asociación ilícita las que promuevan el tráfico ilegal de personas. De este modo, sin entrar en los problemas concursales con el delito de asociación ilícita, nos encontramos 3 tipos diferentes que castigan el tráfico ilegal de personas extranjeras:

El artículo 313 sanciona el tráfico de trabajadores con la pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses.

El artículo 188.2 que castiga el tráfico de personas con finalidad de explotación sexual (pena de prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses).

El artículo 318 bis que castigaba el tráfico de personas en general (pena de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses para el tipo básico, que podía incrementarse hasta los 6 años de prisión y multa de hasta 36 meses en los supuestos de pertenencia a organización concurriendo con otra agravación).

Los problemas concursales se estudiarán con posterioridad, señalar tan sólo ahora que se resolvían por el principio de especialidad (y también alternatividad) Si no resultaba acreditada la condición de trabajador de la víctima o si no se empleaban los medios comisivos del artículo 188.2 en el tráfico sexual, se aplicaba el tipo genérico del artículo 318 bis del CP (aunque en este último caso cabía sostener que en muchos casos podría aplicarse el artículo 313 con pena más grave, pero en la práctica se aplicaba el 318 bis).

A partir del 1 de octubre de 2003 (fecha de entrada en vigor de Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre).

Creo que, como he expresado antes, a partir de esta fecha, el artículo 318 bis será aplicable a todos los supuestos de tráfico de personas extranjeras con independencia de que aquellas pretendan el traslado para trabajar o con cualquier otro fin. El artículo 313.1 formalmente vigente, entiendo, es inaplicable.

A partir del 1 de octubre de 2004 (fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de Reforma del CP).

Desaparece como asociación ilícita «las que promuevan el tráfico ilegal de personas» puesto que, la Ley Orgánica 15/2003 suprime el número 6 del artículo 515 CP introducido por la Ley Orgánica 4/2000. En la práctica la existencia del artículo 318 bis 5 (pertenencia a una organización), como veremos al estudiar este subtipo agravado, motivaba que el delito del artículo 515.6 fuera difícilmente aplicable.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La determinación del bien jurídico protegido por el delito del artículo 318 bis del CP ha dividido a la doctrina entre los que consideran que se protege el interés estatal en el control de los flujos migratorios y los que buscan un bien jurídico más acorde con la rúbrica del Título «delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros» Aunque en este grupo cada autor discrepa sobre cual es el contenido concreto de aquél. Tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, con la introducción de las conductas relativas a la inmigración clandestina en el número 1 del artículo 318 bis, y especialmente, la tipificación del tráfico de personas con el fin de explotación sexual en su número 2, se hará más difícil cualquier intento de determinar un único bien protegido. Las opiniones doctrinales que se recogerán a continuación fueron formuladas con anterioridad a dicha reforma, salvo que se exprese lo contrario.

Entre los que defienden que se protege el interés estatal en el control de los flujos migratorios se encuentra Arroyo Zapatero ⁽⁴⁾, quien considera que el bien jurídico que la tipificación del delito de inmigración ilegal trata de tutelar o proteger es la política migratoria del Estado. Y la política migratoria trata de evitar que la presión migratoria desborde la capacidad financiera y asistencial del Estado. En este sentido, y con pesimismo, se expresa Alvarez Alvarez ⁽⁵⁾ para quien el bien jurídico protegido, pese a lo hermoso del enunciado del título, no puede hallarse en la protección de los derechos de los extranjeros; la regulación concreta del precepto único contenido en el nuevo Título, apunta a que se busca primordialmente la ordenación y regulación de los flujos migratorios por los cauces y conforme a los criterios legales. Sólo indirectamente se protegen los derechos de los extranjeros. Los intereses y los derechos de los extranjeros no se utilizan más que como señuelo para tranquilizar la propia conciencia del Legislador y suministrar una dosis de buena conciencia a la ciudadanía ⁽⁶⁾.

Entre los que buscan un bien jurídico más acorde con la rúbrica del título se sitúa Serrano-Piedecosas ⁷. Este autor considera que el bien jurídico tutelado es el derecho que tiene todo emigrante legal a alcanzar una plena integración social. El fundamento material del injusto del

⁴ ARROYO ZAPATERO, L., «Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos» en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, volumen II, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Salamanca, 2001, cit. por PÉREZ CEPEDA, *op. cit.*

⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., «La protección contra la discriminación del extranjero en el CP» en *El extranjero en el derecho penal español, sustantivo y procesal* (Adaptado a la nueva LO 4/2000), Manuales de Formación Continuada número 5, CGPJ, 2000.

⁶ Respecto al artículo 313, la Sentencia Tribunal Supremo número 762/2003, de 30 mayo, RJ 2003/5583, señalaba que «En efecto, no obstante la apariencia que podría surgir del enunciado del título XV del Libro segundo CP (delitos contra los derechos de los trabajadores); los tipos penales de los arts. 312 y 313 CP están referidos a bienes jurídicos estatales, pues su finalidad es proteger las regulaciones legales de la inmigración y de la mano de obra.» En el mismo sentido respecto al 318 bis la Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 120/2003 (Sección 4.ª), de 27 octubre, JUR 2003/271925 indicaba que «entendiendo que el bien jurídico protegido es esencialmente, el interés general de controlar los flujos migratorios»

⁷ SERRANO-PIEDECASAS, J. R., «Los delitos contra los ciudadanos extranjeros» en *El extranjero en el derecho penal español, sustantivo y procesal* (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000), Manuales de Formación Continuada número 5, CGPJ, 2000. También se puede consultar este trabajo en *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo blanch, 2002.

artículo 318 bis reside en la privación o menoscabo del disfrute las libertades reconocidas en el Título I de la Constitución (en los términos de la Ley Orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España) por parte del extranjero víctima del tráfico ilegal. En este sentido García Álvarez y Del Carpio Delgado⁽⁸⁾ sostienen que se incrimina el tráfico ilegal de personas porque pone en peligro (abstracto) los derechos de los que disfrutarían de ser su entrada, tránsito y salida del territorio español efectuada conforme a los cauces legalmente establecidos. En sentido parecido se expresa Guanarteme Sánchez Lázaro⁽⁹⁾ que entiende que el bien protegido es el derecho que tienen los extranjeros a que sean respetadas su libertad, seguridad y en última instancia su dignidad como personas.

También dentro de este grupo, pero discrepando de los anteriores, se encuentra Rodríguez Mesa⁽¹⁰⁾, para quien el bien jurídico no sería el derecho a la integración social sino que lo que protege el artículo 318 bis es el estatus jurídico de extranjero: los derechos y libertades reconocidos al mismo por el ordenamiento jurídico español. No se trata de proteger directamente los bienes jurídicos individuales del extranjero, sino los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico como un colectivo de ciudadanos.

Para Pérez Cepeda⁽¹¹⁾, contemplando la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, el fundamento de la sanción penal del artículo 318 bis no es proteger exclusivamente los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros (vida, integridad, salud, libertad dignidad...) que se ven lesionados o puestos en peligro cuando son introducidos ilegalmente en nuestro país por traficantes, sino que este delito se constituye como un instrumento de tutela frente a lesiones a la dignidad humana de miembros de un grupo sensible. El bien jurídico protegido sería la dignidad humana, pero no se trata únicamente de la dignidad humana individual, sino de la orientación colectiva de la dignidad humana como valor supremo y principio constitucional máximo⁽¹²⁾. En el tipo agravado del artículo 318 bis.2 (tráfico de personas con el fin de explotación sexual) sería un delito pluriofensivo, y se protegería además la libertad sexual y la dignidad como derecho individual. De León Villalba,⁽¹³⁾ considera que el bien protegido es la integridad moral y entiende que el artículo 318 bis debiera haberse ubicado en Libro II, Título VII, De las torturas y otros delitos contra integridad moral o al menos entre los títulos dedicados a la protección de bienes personalísimos. Villacampa Estiarte⁽¹⁴⁾ partidaria de defender que el objeto de tutela se identifica con los personales e individuales de quienes se veían sometidos a un traslado ilegal que podría concretarse en la dignidad humana como base para el ejercicio del resto de derechos, reconoce que tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003 con la referencia típica a la inmigración clandestina, esta postura goza cada vez de menor apoyo legal.

Otros autores defienden teorías más eclécticas en las que cabe dar entrada a más de un interés protegido. Para Palomo del Arco⁽¹⁵⁾, la regulación del flujo emigratorio y la evitación

⁽⁸⁾ GARCÍA ALVAREZ, P., y DEL CARPIO DELGADO, J., «Los delitos relativos al régimen de extranjería» en *El nuevo derecho de extranjería*, Comares, 2001.

⁽⁹⁾ GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F., «El nuevo delito de tráfico ilegal de personas» en *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo blanch, 2002.

⁽¹⁰⁾ RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo blanch, 2001.

⁽¹¹⁾ PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, 2004.

⁽¹²⁾ Respecto al antiguo artículo 499 bis del CP de 1973, el Tribunal Supremo ya señaló que la dignidad humana era en última instancia el bien protegido en la Sentencia número 143/1998, de 5 febrero, RJ 1998/424, «el bien jurídico que se tutela mediante la prohibición y castigo de esta conducta –el derecho de los trabajadores a que sea respetada su libertad y seguridad y, en última instancia, su dignidad de personas».

⁽¹³⁾ LEÓN VILLALBA, F. J., «Tráfico de personas e inmigración ilegal», Tirant lo blanch, 2003.

⁽¹⁴⁾ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El nuevo delito de tráfico de personas» *Diario La Ley*, número 5963, 26 de febrero de 2004.

⁽¹⁵⁾ PALOMO DEL ARCO, A., «Criminalidad organizada y la inmigración ilegal» en *Criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos, Cuadernos de Derecho Judicial II-2001*, CGPJ, 2001.

de la explotación del extranjero en su concreta actividad de emigración, con especial atención combativa cuando medien grupos delictivos organizados, son los bienes jurídicos tutelados en este capítulo XV bis. García España y Rodríguez Candela⁽¹⁶⁾ también consideran que el que el artículo 318 bis tiene un carácter pluriofensivo, cuya defensa se centra tanto en el derecho del Estado a controlar las migraciones, como en los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros. Rodríguez Montañez⁽¹⁷⁾ conjugando los dos tipos de intereses (control de los flujos migratorios y derechos básicos de los inmigrantes) considera que se trata de un delito contra el orden socioeconómico en el que se tutela uno de los aspectos del mismo (el fenómeno migratorio) mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto recurriendo a objetos o bienes intermedios (los derechos individuales de los inmigrantes como colectivo y el respeto de la regulación de esta materia) que tienen una función representativa del bien institucionalizado o interés difuso.

Conde-Pumpido Tourón⁽¹⁸⁾ entiende que el bien jurídico protegido son los derechos de los extranjeros objeto del tráfico ilegal, y concretamente dos grupos de derechos específicos: los derechos que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito por el Estado español hubiese sido realizada en condiciones de legalidad y los derechos que se ponen en peligro por los riesgos inherentes al proceso de entrada, tránsito y establecimiento ilegal en nuestro país. Pero señala que, no hay que desconocer que como trasfondo subyace también el interés estatal en utilizar el instrumento penal para reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada insitas en la legislación migratoria.

Tras la reforma de la Ley Orgánica 11 2003, parece difícil que pueda considerarse que el artículo 318 bis protege un único bien jurídico, porque, de un lado la introducción de las conductas relativas a la inmigración clandestina, que, entiendo, deja sin contenido el delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 313.1 CP, por lo que, el artículo 318 bis también habrá de tutelar el bien jurídico que aquél protegía (los derechos laborales del inmigrante víctima del delito pero también de los legalmente contratados y el derecho de los trabajadores españoles a concurrir al mercado de trabajo), y de otro, tras la tipificación en el artículo 318 bis 2 (y consiguiente derogación del tipo del art. 188.2 CP) del tráfico de personas con el fin de explotación sexual, habrá de convenirse que, este tipo agravado protege, y sin perjuicio de otros posibles bienes tutelados, la libertad sexual (especialmente, y sin lugar a duda, cuando concorra violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o cuando ésta sea menor de edad o incapaz).

3. TIPO BÁSICO DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS. ARTÍCULO 318 BIS 1

Conforme al artículo 318 bis 1 CP *«El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.»*

⁽¹⁶⁾ GARCÍA ESPAÑA, E., y RODRÍGUEZ CANDELA, J. L., «Delitos contra los derechos de los extranjeros (art. 318 bis del CP)», *Actualidad Penal*, número 29, Julio 2002.

⁽¹⁷⁾ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal» Diario La Ley número 5261, 6 de marzo de 2001.

⁽¹⁸⁾ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los derechos de los extranjeros» en *Extranjeros y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial IV-2003, CGPJ, 2003.

3.1 Sujeto activo

Se trata de un delito común, por lo que, sujeto activo puede serlo cualquiera. Únicamente será precisa la condición de autoridad, agente de ésta, o funcionario público para la apreciación de la agravación del número 4 del artículo 318 bis. Tampoco ha de pertenecer necesariamente a una organización o asociación que se dedique al tráfico ilegal de personas, sino que, en caso de concurrir esta circunstancia se aplicará la correspondiente agravación.

A diferencia de otros países, como Alemania o Francia, cuyos ordenamientos incluyen el castigo penal del inmigrante, como indica Conde-Pumpido Tourón⁽¹⁹⁾, hay que destacar que en ningún caso se sanciona penalmente al propio extranjero que emigra ilegalmente, al que solo se le puede sancionar administrativamente y aunque obviamente coopere de un modo necesario a la realización de la acción delictiva, no puede ser considerado como autor ni como partícipe. Ahora bien, ¿y si el extranjero además de cooperar en su propio traslado, facilita de forma substancial el tráfico ilegal de otras personas? En este caso, creo que, su conducta sí sería punible. Así, por ejemplo, es frecuente que la persona que pilota la patera o auxilia en esta labor al patrón, sea también extranjera y alegue que su intención era emigrar a España y que, como pago por el viaje, debía realizar aquél cometido. Contemplando esta circunstancia la sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 40/2003 (Sección 2.ª), de 21 febrero, JUR 2003/135644, señala que *«esta declaración supone un reconocimiento de los hechos por parte del acusado, aunque él no se considere el patrón de la patera, si que viajaba gratis a cambio de ayudar al patrón, para ello fue contratado y a los efectos de la acreditación del delito no es relevante que el pago por su trabajo fuera viajar gratis o regresar a Marruecos y cobrar 45.000 pesetas. Lo relevante es que su ayuda era necesaria para que el patrón pudiera cumplir su cometido que no era otro que introducir inmigrantes ilegales en España»*⁽²⁰⁾.

Por lo demás, en la práctica, el tema del sujeto activo no plantea otros problemas que el de su identificación. Aunque parezca sorprendente, a la vista de los numerosos desembarcos de inmigrantes en toda la costa mediterránea del Sur de la Península, en pocas ocasiones se consigue enjuiciar la conducta de los patrones de las embarcaciones. Para comprobarlo basta con examinar las sentencias de Audiencias como las de Cádiz, Málaga, Granada o Almería en cuyos territorios se comete con muchísima frecuencia esta modalidad de tráfico ilegal de personas. Ello puede deberse a la gran extensión del territorio a vigilar que motiva que la intervención policial se produzca cuando ya se ha producido el desembarco y a las dificultades, una vez interceptados los ocupantes de la patera en tierra, para identificar al sujeto activo entre el grupo de extranjeros que pretendían entrar en España. Sin embargo, en el territorio de la Audiencia de Las Palmas sí es frecuente el enjuiciamiento de estas conductas, bien sea por la menor extensión de territorio (principalmente las islas de Fuerteventura y Lanzarote) o por la presencia de mayores efectivos dedicados a patrullar la costa, lo que ha permitido a aquella Audiencia analizar múltiples indicios que permiten identificar al autor del delito del resto de extranjeros que sólo pretenden trasladarse a nuestro país. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria ha considerado los siguientes indicios de autoría que, en unión de otras pruebas directas o indicios, motivan la sentencia condenatoria: el de que fueran en popa, uno de ellos a la caña (timón), y el otro de ayudante, conduciéndola con gran pericia y acercándose a la patrullera como verdaderos profesionales (Sentencia número 242/2003 Sección 1.ª, de 22 noviembre, JUR 2004/28045), llevar un traje de agua verde, propio de quien es marine-

⁽¹⁹⁾ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *op. cit.*

⁽²⁰⁾ Idéntico supuesto y resolución en la sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 238/2003 (Sección 2.ª), de 21 noviembre JUR 2004/27937

ro profesional (Sentencia número 157/2002 Sección 1.ª, de 2 julio, JUR 2002/260582), que había solo dos magrebíes en la patera, que ellos tenían la ropa seca mientras los inmigrantes iban con la ropa húmeda y su situación en la embarcación era más privilegiada (Sentencia número 155/2003 Sección 1.ª, de 7 noviembre, JUR 2004/27004), que fuera junto al motor, que conducía el otro, que llevaba traje de agua y que se apreció su destreza a la hora a abarloar la patera a la patrullera de la Guardia Civil en popa (Sentencia número 262/2003 Sección 2.ª, de 16 diciembre, JUR 2004/59731), el hecho de dirigirse a los inmigrantes para decirles que no se levantaran cuando fueron interceptados por la Patrullera de la Guardia Civil, y el hecho de que todos los inmigrantes fueran de origen subsahariano, mientras los dos acusados, son de origen magrebí (Sentencia número 1/2004 Sección 1.ª, de 8 enero, JUR 2004/68743), el acusado llevaba un traje de agua, dinero y teléfono móvil (Sentencia número 11/2004 Sección 2.ª, de 21 enero, JUR 2004/69961), la experiencia demuestra que son necesarios dos personas para gobernar la patera en una travesía tan larga (Sentencia número 152/2003 Sección 1.ª, de 8 octubre, JUR 2004/26094), que todos los inmigrantes fueran de origen subsahariano, mientras los dos acusados, son de origen magrebí, el haber mostrado gran destreza en las labores de acercamiento de la patera a la patrullera (Sentencia número 1/2004 Sección 1.ª, de 8 enero, JUR 2004/68743), etc.

3.2 Sujeto pasivo

Aunque algunos autores, siguiendo un determinado concepto del bien jurídico, consideran que el sujeto pasivo es el Estado⁽²¹⁾, lo cierto es que para la doctrina mayoritaria el sujeto pasivo es el extranjero. Y extranjero será conforme al artículo 1 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y por la Ley Orgánica 14/2003, de 14 de noviembre (LE) » *Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española*».

Rodríguez Montañez, atendiendo a que en el texto del artículo 318 bis se habla de personas y a que se tipifica también el supuesto de tráfico ilegal de personas desde España a terceros países, considera que también pueden ser sujeto pasivo del delito los españoles⁽²²⁾, pero esta tesis es difícilmente asumible atendida la rúbrica del Título («Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros») y la mayoría de la doctrina la rechaza⁽²³⁾.

Más dudosa es la cuestión relativa a si los ciudadanos de países miembros de la Unión Europea pueden ser sujetos pasivos del delito. Serrano-Piedecasas considera que la noción extranjero abarca también a los comunitarios⁽²⁴⁾. Pero la LE, inmediatamente después de la definición de extranjero, precisa que «2. *Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso,*

(21) Para GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, *op. cit.*, al mantener el carácter pluriofensivo del artículo 318 bis los sujetos pasivos son a la vez el Estado y los propios extranjeros objeto del tráfico ilegal. Estos autores citan a ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., «Comentarios a la reforma del CP introducidas por la Ley Orgánica 4/2000» en *comentarios sistemáticos a la ley de Extranjería*, Comares 2001, quien al considerar como único bien jurídico protegido el derecho del Estado a ordenar las migraciones, estima que los sujetos pasivos son el Estado y la comunidad en su conjunto.

(22) RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, T. *op. cit.* quien cita, como de la misma opinión, a Barber Burusco «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros» en *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, 2001

(23) En este sentido y atendiendo a la rúbrica del Título: SERRANO PIEDECASAS, *op. cit.*; RODRÍGUEZ MESA, M. J., *op. cit.*; PÉREZ CEPEDA, A. I., *op. cit.*; GARCÍA ALVAREZ, P. y CARPIO DELGADO, J., *op. cit.*

DE LEÓN VILLALVA, *op. cit.* se opone a aquella posibilidad con una interpretación teleológica del precepto, «La exégesis y desarrollo del proceso de tramitación parlamentaria muestra claramente la intención del legislador, con su introducción, de intervenir en el tráfico de extranjeros dirigido a la explotación tanto sexual como laboral en nuestro país o en un tercero».

(24) SERRANO PIEDECASAS, *op. cit.*

sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte. 3. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.» Por lo que parece que los ciudadanos comunitarios no podrán ser sujetos pasivos del delito al ostentar el derecho a la libre circulación. Como indica Rodríguez Mesa⁽²⁵⁾ son los extranjeros que no reúnen los requisitos establecidos por la Ley para su entrada o permanencia en España los únicos que pueden ver afectados los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los ciudadanos extranjeros y en consecuencia, son estos los potenciales sujetos pasivos del delito⁽²⁶⁾. Por gozar también del derecho a la libre circulación han de excluirse también como sujetos pasivos a los nacionales de países del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein)⁽²⁷⁾ y a los ciudadanos de la Confederación Suiza (Acuerdo de 21 de junio de 1999 entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas y Disposición Adicional primera del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero sobre «Entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo»). Por quedar excluidos de la aplicación de la Ley de Extranjería, no podrán ser sujetos pasivos, las personas mencionadas en su artículo 2 (agentes diplomáticos, funcionarios consulares acreditados en España, demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales, etc.)⁽²⁸⁾. Hay quien también excluye a los nacionales de determinados países que no se hallan en la situación de debilidad que justifica materialmente la aplicación del artículo 318 bis⁽²⁹⁾, aunque no parece que exista suficiente fundamento para la admisión de esta interpretación.

En lo que sí es unánime la doctrina (y la Jurisprudencia) es en considerar que cada conducta dará lugar a un sólo delito de tráfico de personas, y no concurso de delitos, cuando afecte a varios sujetos pasivos o sean varios los extranjeros objetos de tráfico ilegal, en atención a la naturaleza colectiva del, (único o del predominante), bien jurídico protegido.

De otra parte, cualquiera que sea el concepto que se siga respecto al bien jurídico protegido por el artículo 318 bis, éste es irrenunciable por lo que será irrelevante el consentimiento prestado por el sujeto pasivo o por la persona objeto de la conducta. Como afirma la Sentencia Tribunal Supremo número 762/2003, de 30 mayo, RJ 2003/5583, respecto a al delito del artículo 313 pero aplicable al del artículo 318 bis, «debe quedar claro, de todos modos, que el consentimiento, en todo caso, sólo podría ser eficaz para la exclusión de la tipicidad en relación al delito de detención ilegal, dado que el delito de los artículos 312 y 313 CP no protege un bien jurídico individual, renunciable por el sujeto pasivo. En efecto, no obstante la apariencia que podría surgir del enunciado del Título XV del Libro segundo CP (delitos contra los derechos de los trabajadores); los tipos penales de los arts. 312 y 313 CP están referidos a bienes jurídicos estatales, pues su finalidad es proteger las regulaciones legales de la inmigración y de la mano de obra».

Otro tema y a efectos de la prueba del delito, es que, el propio extranjero inmigrante puede que no se considere una víctima o tenga miedo a posibles represalias y, en ocasiones,

(25) RODRÍGUEZ MESA, *op. cit.*

(26) PÉREZ CEPEDA, A. I., *op. cit.* se encarga de precisar que también pueden ser sujetos pasivos los extranjeros que no cumplen los requisitos para salir de España al prever el artículo 318 bis el tráfico ilícito desde nuestro país.

(27) GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, *op. cit.*

(28) RODRÍGUEZ MESA, *op. cit.*; PÉREZ CEPEDA, A. I. *op. cit.*

(29) GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F., *op. cit.*, considera que con la figura del artículo 318 bis se refuerza una situación de debilidad derivada de la necesidad de emigrar y tal necesidad no se da ni en ciudadanos comunitarios ni en determinados extracomunitarios, como por ejemplo los canadienses.

en sus declaraciones tienda a exculpar a los autores del tráfico ilegal. Como señala la Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 89/2001 (Sección 6.ª Ceuta), de 16 octubre, JUR 2001/330862, *la experiencia nos enseña que en este tipo de delitos no es fácil obtener la colaboración con la justicia de los inmigrantes, auténticas víctimas, pues con tal actitud verían frustradas sus futuras expectativas de cruzar el Estrecho hacia la península y resto de Europa, motivo éste por el que no puede dársele mayor importancia a sus declaraciones en orden a exculpar a sus «conductores»*⁽³⁰⁾. Aunque ello pueda ser así, es conveniente, a efectos probatorios, que siempre su declaración ante el Juzgado de Instrucción se preste como prueba anticipada de conformidad con los artículos 448 LECrm (sumario), 797.2 LECrm (procedimiento abreviado) o 797.2 LECrm (procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos) puesto que, es muy probable su incomparecencia al juicio oral, bien porque le sea aplicada la sanción administrativa de expulsión o porque al encontrarse en situación irregular en nuestro país probablemente carezca de domicilio conocido. También, en determinados casos se podrá acudir a lo dispuesto en el artículo 59.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Este mismo precepto regula en sus tres primeros números la posible exención de responsabilidad administrativa de los extranjeros «ilegales» que denuncien a los autores de este delito.

3.3 La conducta típica

Según el artículo 318 bis.1 «*el que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.*» A la conducta originaria del precepto, (promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal de personas), la Ley Orgánica 11/2003 le ha añadido la relativa a la inmigración clandestina de personas que contemplaba el artículo 313 CP. Aunque en el artículo 318 bis no se haga referencia a la utilización de cualquier medio como el artículo 313, la conducta referida a la inmigración clandestina se amplía, si es ello posible, al añadirse los adverbios directa o indirectamente y el concepto de facilitar que no contemplaba aquel precepto. Se trata de un tipo abierto y las conductas, ya de por sí amplísimas en la redacción originaria, se han extendido aún más, si cabe, con la Reforma, lo que dificulta sobremanera la posibilidad de apreciar grados de ejecución y formas accesorias de participación. Como señala Conde-Pumpido Ferreiro⁽³¹⁾, se puede decir que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad, está incluida en la conducta típica.

Algunos autores⁽³²⁾ han propuesto intentos de restricción de la amplísima descripción típica mediante la exigencia de que se trate de más de una persona o la exigencia de cierta habitualidad⁽³³⁾. Pero estas restricciones carecen de base legal y el Legislador, probablemente, no haya querido incluirlas con el fin de reforzar la protección del bien jurídico. De otro

⁽³⁰⁾ En este mismo sentido Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 131/2003 (Sección 6.ª Ceuta), de 30 octubre, JUR 2003/272168.

⁽³¹⁾ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Actualización 1999» al *CP. Doctrina y Jurisprudencia*. Trivium, 2000.

⁽³²⁾ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *op. cit.* piensa que estas restricciones serían deseables y el legislador debería haberlas introducido en la redacción típica, pero, como ella misma reconoce, no ha sido así, su exigencia es dudosa y sería fácilmente rebatible.

⁽³³⁾ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., *op. cit.* también intenta restringir la conducta típica vinculando el concepto de tráfico con una actividad organizada, por rudimentaria y esporádica que sea, lo que unido a la nota de clandestinidad u ocultación, con maquinación al efecto, den relevancia al acto de tráfico para que sea punible. Pero esta tesis no parece admisible, si se considera que el número 5 del artículo 318 bis contempla como subtipo agravado la pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

lado, exigir la prueba de la habitualidad convertiría el tipo en inaplicable por los Tribunales salvo supuestos muy excepcionales. No obstante, pese a que esta interpretación es rechazada por la mayoría de la doctrina y no es aplicada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, parece que la sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 5.^a), de 5 de enero de 2004, JUR 2004/79354, asume esta tesis exigiendo la prueba de la habitualidad o de la pertenencia a un grupo u organización que se dedique a estas actividades⁽³⁴⁾. Creo que, no puede exigirse para la aplicación del tipo básico la pertenencia a una organización porque lo impide la existencia de la agravación del número 5 del artículo 318 bis que sería necesariamente aplicable de resultar probada aquella circunstancia. Del mismo modo tampoco puede exigirse para subsumir la conducta en el tipo que aquella sea habitual, porque el artículo 318 bis no lo exige y, si se acreditara que aquella conducta se ha reiterado en varias ocasiones, nos encontraríamos con varios delitos perpetrados y sería aplicable la figura del delito continuado. En este sentido aprecian la existencia de delito continuado de tráfico ilegal de personas, cuando se acredita la reiteración de la conducta, la Sentencia Audiencia Provincial Madrid número 439/2003 (Sección 3.^a), de 16 septiembre, JUR 2003/265602 y la Sentencia Audiencia Provincial Málaga número 21/2001 (Sección 7.^a Melilla), de 14 mayo, JUR 2001/258296⁽³⁵⁾.

La interpretación de los términos promover, favorecer y facilitar no ofrece mayor dificultad y la mayoría de la doctrina acude a las definiciones del Diccionario de la Real Academia⁽³⁶⁾. Más problemas, incluso utilizando dicho diccionario, ofrece la interpretación del término tráfico al que han de estar vinculado aquellas actividades 3. En la primera acepción de este diccionario, tráfico es acción de traficar, lo que ha llevado a algunos autores⁽³⁷⁾, atendiendo a la definición de esta palabra como comerciar, negociar con el dinero y las mercancías, a exigir el ánimo de lucro para la configuración del tipo básico pese a la cualificación específica del

³⁴ La Sentencia Audiencia Provincial Barcelona (Sección 5.^a), de 5 enero 2004, JUR 2004/79354 señala que «*cual es el verdadero bien jurídico protegido por el tipo penal de que se trata, que no es otro que la protección adecuada de los derechos de las personas extranjeras que se dirijan, o traten de dirigirse, a España, o estén en tránsito o con destino a este país, tratando de evitar así que, por actuar fuera de los cauces legales establecidos al respecto, puedan caer en manos de grupos organizados o individuos que se dediquen a esta actividad con cierta habitualidad o propósitos desviados tendentes principalmente al favorecimiento de sus propios intereses y no al de los de los ciudadanos que pretenden entrar en España y a que dicen intentar ayudar. En definitiva, es un precepto penal que trata de evitar la circulación de personas sostenida en móviles espúrios, cuenten o no con el consentimiento del interesado en entrar en España. Sólo desde estas perspectivas puede entenderse razonablemente lo que significa el término «tráfico» y a qué situaciones puede aplicarse el 318 bis, 1, del CP.*

Y desde esta perspectiva es desde la que se hace imprescindible acotar en sus justos términos lo que significa «tráfico ilegal» de personas; no caben al respecto interpretaciones extensivas en contra del reo.

En el caso concreto que nos ocupa, atendido el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, es evidente que el intento de obtener una documentación fraudulenta, concretamente un permiso de trabajo y residencia, a favor del hermano pakistani del acusado, cuando no se prueban ni situaciones de habitualidad ni de pertenencia a grupo u organización que se dedique a tal actividad de promoción, favorecimiento o auxilio al «tráfico ilegal» de personas, no debe castigarse por la vía del artículo 318 bis, 1 CP».

No dudo de que la absolución del acusado en el presente caso está justificada, pero la sentencia no es clara en el punto relativo a exigir la habitualidad y pertenencia a organización. No sabemos si exige la prueba de estas circunstancias precisamente porque se pretende facilitar la entrada en España de un hermano o si la Audiencia exigiría la concurrencia de estas circunstancias en cualquier otro caso. Dado los escasos pronunciamientos de la Audiencia de Barcelona sobre el delito del artículo 318 bis, y en mayor medida si hemos de esperar otra sentencia analizando este tipo de la misma Sección, parece que tardaremos en conocer la respuesta. Creo que podría haber sido mas acorde con el tipo del artículo 318 bis fundamentar la absolución en la atipicidad de la conducta por la ausencia absoluta de riesgo para el bien jurídico protegido, como parece que era la intención de la Audiencia, pero sin necesidad de exigir la prueba de la pertenencia de la organización, que de concurrir daría lugar a la aplicación del tipo agravado del artículo 318 bis.5, ni la habitualidad que de acreditarse, entiendo, daría lugar a un concurso de infracciones a resolver con la figura del delito continuado.

⁽³⁵⁾ Como señala esta última sentencia «concurriendo por ello, los elementos del artículo 74 de nuestro CP, es decir a) la existencia de un plan preconcebido de realizar transporte de inmigrantes ilegales camuflados en vehículos preparados a tal efecto, b) la realización de una pluralidad de acciones, como consta en la declaración del propio acusado que indicó que la vez anterior cobró 100.00 francos franceses, c) Homogeneidad del bien jurídico, d) identidad del precepto penal violado».

⁽³⁶⁾ PÉREZ CEPEDA, *op. cit.*; RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *op. cit.*; DE LEÓN VILLALVA, *op. cit. etc.*

⁽³⁷⁾ GARCÍA ÁLVAREZ y CARPIO DELGADO, *op. cit.*

segundo apartado del artículo 318 bis. Pero, en la tercera acepción del diccionario, tráfico es movimiento o tránsito de personas o mercancías, y este significado, que hace referencia a ir o pasar de un punto a otro, es el pretendido por el Legislador, ya que, de otro modo no se entendería que incluyera como agravación el ánimo de lucro, y así ha sido entendido de forma unánime por los Tribunales⁽³⁸⁾.

El tráfico (tránsito, movimiento o traslado) de personas ha de ser ilegal, y para determinar este concepto habrá que acudir a la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y por la Ley Orgánica 14/2003, de 14 de noviembre (LE) que regula los requisitos para la entrada y salida de extranjeros del territorio español. El tráfico será ilegal cuando se efectúe al margen de las normas de la legislación de extranjería para el cruce de fronteras o con fraude de esas normas, como señala Conde-Pumpido Tourón⁽³⁹⁾, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de formulas autorizadas de ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones. Retomaremos esta cuestión mas adelante ya que ha producido disparidad de interpretaciones entre Audiencias Provinciales.

En lo que respecta a la inmigración clandestina el legislador ha incurrido en un error gramatical (o ¿conceptual?) en la redacción del precepto (inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España) puesto que literalmente admite la inmigración de personas desde España lo que es contrario al concepto de inmigración, porque, este supuesto, es una emigración. Quizás, para incluir aquel supuesto, hubiera sido más correcto utilizar el término migración (Acción y efecto de pasar de un país a otro para establecerse en él). Inmigrar según el Diccionario de la Lengua Española significa «llegar a un país para establecerse en él los naturales de otro»⁽⁴⁰⁾ El término clandestina no significa ocultación, sino que, era interpretado doctrinal y jurisprudencialmente respecto al artículo 313.1, como al margen de la normativa correspondiente⁽⁴¹⁾. Por tanto, la conducta típica comprende todo comportamiento que, directa o indirectamente, colabore a la entrada ilegal en España de personas que desean establecerse, generalmente con fines laborales, en nuestro país o en otro Estado (en tránsito).

El tráfico ilegal ha de ser desde, en tránsito o con destino a España. Con la expresión desde ... España el tipo comprende aquellas conductas de traslados ilegales de extranjeros que tengan su origen en España con destino a un tercer país. Con el enunciado con destino a España, se comprenden las conductas relativas al desplazamiento de personas desde un tercer país al nuestro (las más frecuentes en la práctica). Pero el término que ofrece más dudas en su interpretación es «en tránsito» ¿el concepto en tránsito hace referencia a tres países, el de procedencia, España como paso intermedio, y un tercer país al que se

⁽³⁸⁾ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *op. cit.* también considera que el concepto tráfico es precisado mejor en el propio tipo, al señalar que se refiere a tráfico, entendido como traslado de personas desde, en tránsito o con destino a España.

⁽³⁹⁾ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *op. cit.*

⁽⁴⁰⁾ Y el término paralelo emigrar significa «1. intr. Dejar o abandonar una persona, familia o pueblo su propio país con ánimo de establecerse en otro extranjero. 2. Ausentarse temporalmente del propio país para hacer en otro determinadas faenas.» Y emigrante «el que se traslada de su propio país a otro, generalmente con el fin de trabajar en él de manera estable o temporal».

⁽⁴¹⁾ Según la Sentencia Tribunal Supremo número 2205/2002, de 30 enero, RJ 2003/2027, « dicha inmigración ha de ser «clandestina», es decir, al margen de la normativa administrativa que regula la entrada de extranjeros en España» o como señalaba la Sentencia Audiencia Provincial Madrid número 302/2003 (Sección 6.ª), de 24 junio, ARP 2003/776, «a que los trabajadores carezcan de alguno de los requisitos establecidos por la legislación administrativa para trabajar en España».

pretende llegar? o ¿la expresión en tránsito no hace referencia a ningún elemento transfronterizo y comprende los traslados por el interior del territorio nacional sin necesidad de pretender dirigirse a otro país? En este punto no hay acuerdo en la doctrina (y como veremos después en la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales tampoco). El elemento transfronterizo es inherente al concepto de inmigración, pero no lo es al de tráfico ilegal de personas. Para algunos autores ⁽⁴²⁾, el Legislador no ha establecido expresamente que el concepto en tránsito se refiera al uso del territorio español únicamente a los efectos de continuar viaje a otro país y que literalmente puede ser considerado constitutivo de delito, como tránsito ilegal, la conducta consistente en trasladar a un extranjero en situación irregular de un punto a otro de la geografía española aunque, inmediatamente después, proponen una interpretación más restrictiva del precepto. La mayoría de la doctrina, siguiendo esta interpretación restrictiva entienden que la expresión en tránsito implica la existencia de tres países, el de partida, el de destino y el de tránsito ⁽⁴³⁾. Pese a esta opinión doctrinal, el tema no puede darse por zanjado y lo cierto es que, la redacción del tipo permite otra interpretación que siguen varias Audiencias Provinciales, por lo que, esta cuestión también se ampliará posteriormente.

a) *Traslados por el interior del territorio nacional de inmigrantes*

Una cuestión que origina pronunciamientos contradictorios entre distintas Audiencias Provinciales es la relativa a la tipicidad de la conducta consistente en el traslado del emigrante que recientemente llegado a la costa española desde el lugar de desembarco (generalmente el Campo de Gibraltar) hasta otras localidades en las que pretenden asentarse o donde al menos, si son localizados por las Fuerzas de Seguridad generalmente, no serán repatriados de forma inmediata a su país de origen.

El supuesto ha sido enjuiciado reiteradamente por la Audiencia Provincial de Almería y por la Sección de Algeciras de la Audiencia de Cádiz. La primera suele contemplar un supuesto específico consistente en la conducta de determinadas personas que se trasladan desde aquella provincia a las zonas donde habitualmente se encuentran emigrantes ocultos tras desembarcar en la costa, en ocasiones, desde hace varios días y tras contactar con ellos les proponen su transporte en automóvil, mediante precio, a localidades almerienses. Una vez aquí, son privados de libertad y se les exige a ellos o a sus familiares determinadas cantidades de dinero para su liberación. La Audiencia de Almería suele exigir para condenar, además de por el delito de secuestro, por el del artículo 318 bis CP, la prueba de cierta connivencia entre los que llevan a cabo esta conducta y los que efectuaron el traslado en patera

⁽⁴²⁾ GARCÍA ÁLVAREZ y CARPIO DELGADO, *op. cit.* quienes proponen restringir la conducta de favorecimiento del tránsito ilegal al hecho de favorecer la circulación de la persona por la geografía española a los efectos de salir hacia otro país y finalmente consideran que «ha de exigirse que, la conducta que favorece, promueve o facilita el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España, para ser constitutiva de delito, ponga al menos en peligro (abstracto) el bien jurídico que se protege en él ... debiendo quedar, por tanto, fuera de su ámbito de aplicación, cualquiera que contribuya al tráfico de personas en el que no se constate esa mínima ofensa al bien jurídico protegido»

⁽⁴³⁾ RODRÍGUEZ MESA, *op. cit.* quien considera que el legislador, además de emplear una técnica de redacción confusa, «no ha estado muy afortunado al incluir entre los supuestos típicos de tráfico ilegal los relativos al tránsito. Y ello porque, tal y como aceptan pacíficamente la jurisprudencia y la doctrina respecto del artículo 313.1.º, el tráfico ilegal con destino a España se produce tanto si la entrada ilegal en territorio español se lleva a cabo con la finalidad de permanecer en el mismo, como si es para dirigirse posteriormente al país en el que el extranjero piensa instalarse.»

También consideran que la expresión tránsito implica la existencia de tres países, RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *op. cit.*; PÉREZ CEPEDA, *op. cit.*; De León Villalva, *op. cit.* y GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, *op. cit.* Estos últimos autores incluso consideran que sigue manteniéndose una laguna legal para los traslados clandestinos desde Ceuta y Melilla a la Península.

entre Marruecos y España⁽⁴⁴⁾. Cuando no queda acreditado que los acusados han tenido intervención en las operaciones de entrada de emigrantes en territorio español, la Audiencia de Almería entiende que el hecho no es subsumible en el tipo del artículo 318 bis CP. Así la sentencia Audiencia Provincial Almería número 2/2002 (Sección 1.ª), de 15 enero, ARP 2002/162, analizando un supuesto en el que los emigrantes son recogidos cuando se encontraban en un bosque próximo a Tarifa, señala que *«siendo claro a juicio de la Sala que el mero transporte desde la provincia de Cádiz hasta la de Almería, una vez que los inmigrantes están ya en España y sin que conste conexión entre dicho transporte y el anterior efectuado desde Marruecos, no supone que se promueva, favorezca o facilite el tráfico de personas desde España, hacia España o sirviendo nuestro país de Estado intermedio de tránsito, por lo que procede acordar la absolución respecto de este delito»*⁽⁴⁵⁾ En el mismo sentido la sentencia Audiencia Provincial Almería número 37/2002 (Sección 3.ª), de 19 febrero, JUR 2002/102532 y la sentencia Audiencia Provincial Almería (Sección 1.ª), de 28 abril 2003, ARP 2003/500⁽⁴⁶⁾.

Por su parte, la Audiencia de Cádiz (Sección Algeciras) contempla reiteradamente otro supuesto. Se trata de la detención por Fuerzas de Seguridad de personas, que circulan por las carreteras próximas a los lugares de desembarco de emigrantes, acompañados en su vehículo por extranjeros que han llegado recientemente a España de forma clandestina. En ocasiones, puede que formen parte de la organización que ha efectuado el traslado desde Marruecos a España, pero en otras se tratan de individuos que, sin formar parte de aquella, y que conociendo los lugares donde habitualmente se ocultan los emigrantes tras desembarcar de la patera, ofrecen a cambio de precio, aunque no hay que descartar que a veces el motivo no sea tan abyecto, su traslado hasta lugares «mas seguros». (Es probable incluso que, a veces, de no ser por la intervención policial, esos mismos emigrantes acabarían secuestrados en la Provincia de Almería y terminara siendo esta Audiencia quien enjuiciara estos hechos conforme a los criterios que hemos visto anteriormente) La Audiencia de Cádiz (Sección Algeciras) no tiene duda alguna en aplicar el artículo 318 bis a estos casos de transporte interior y sin intervención en el traslado desde el extranjero. La sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 6/2003 (Sección 7.ª Algeciras), de 21 de enero, JUR 2003/121577, señala claramente que *«lo que penaliza el párrafo 1.º del precepto analizado (318 bis CP) es que, por parte de una persona se favorezca el tráfico ilegal de personas en tránsito o con destino a España. Ello supone que la norma penal, es aplicable tanto a la persona que, pone los medios de transporte para facilitar la llegada a nuestro país desde otro distinto, e igualmente sanciona a quienes no habiendo intervenido en el transporte desde un país a España, en cambio se concierte para una vez la persona trasladada se encuentre en España, se le traslade de un lugar a otro.»* Exigiendo esta Audiencia para la aplicación del artículo 318 bis únicamente conciencia de la condición de emigrante clandestino de la persona transportada y la voluntad de ejecutar la acción prohibida, como por ejemplo la Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 98/2002 (Sección 7.ª

⁽⁴⁴⁾ En este sentido, condenando por el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, una vez probada esta confabulación (generalmente a través de la declaración de la propia víctima o, a veces del acusado) la Sentencia Audiencia Provincial Almería número 8/2002 (Sección 1.ª), de 1 marzo, JUR 2002/118328; Sentencia Audiencia Provincial Almería número 210/2002 (Sección 2.ª), de 7 octubre, JUR 2003/17541; Sentencia Audiencia Provincial Almería número 243/2002 (Sección 3.ª), de 10 diciembre, ARP 2002/825.

⁽⁴⁵⁾ Aunque esta interpretación no es del todo unánime, la Sentencia Audiencia Provincial Almería número 152/2003 (Sección 3.ª), de 27 junio, JUR 2003/178859, contemplando un caso en el que los emigrantes son recogidos el mismo día del desembarco y en las proximidades del lugar donde se produjo éste, parece exigir únicamente el conocimiento de estas circunstancias pero no convivencia con las personas que habían facilitado la operación de entrada de los inmigrantes al territorio español

⁽⁴⁶⁾ También se puede citar la sentencia número 107/2004, de 24 de mayo. Pero ésta no es aún firme, ya que, la Fiscalía de Almería ha preparado recurso de casación impugnando, precisamente, este aspecto de la sentencia.

Algeciras), de 22 julio, JUR 2002/246486 que condena a un taxista que había recogido en la carretera a dos emigrantes que hacían auto-stop tras llegar a un acuerdo económico⁽⁴⁷⁾. Un caso parecido en el que el sujeto activo también era de profesión taxista también es considerado por otra sección de la audiencia de Cádiz subsumible en el artículo 318 bis en la sentencia Audiencia Provincial Cádiz (Sección 3.ª), de 19 febrero 2003, JUR 2003/129045⁽⁴⁸⁾. Esta interpretación, que considera comprendido en la conducta típica el traslado de extranjeros en situación irregular entre dos puntos del territorio nacional, es efectuada también por las secciones de Melilla de la Audiencia de Málaga y de Ceuta de la Audiencia de Cádiz⁽⁴⁹⁾.

La anterior interpretación parece que es seguida también por la Audiencia de Sevilla que en la sentencia número 99/2001 (Sección 3.ª), de 14 mayo, JUR 2001/284785, analizando un caso similar a los anteriores, indica *«parece admitido por todos que la acción llevada a efecto por el acusado reúne la condición de típica por cuanto con el transporte en su vehículo de magrebíes que habían sido introducidos ilegalmente en España, se favorece el tráfico ilegal de personas en nuestro territorio.»*

Hemos visto la disparidad de criterios entre la Audiencia de Almería y las de Cádiz y Sevilla en orden a la tipicidad de estas conductas de favorecimiento de la emigración ilegal que se inician cuando los extranjeros ya se encuentran dentro del territorio nacional. ¿Se ha pronunciado sobre esta cuestión el Tribunal Supremo? No como *ratio decidendi*, pero *obiter dicta* parece inclinarse por la tesis de considerar típicas estas conductas como favorecedoras del tráfico ilegal de extranjeros. La sentencia Tribunal Supremo número 1397/2003, de 16 octubre, RJ 2003/7478, contemplando un supuesto idéntico a los que habitualmente se perpetran en Almería, pero acaecido en Murcia⁽⁵⁰⁾ y también acompañado de secuestro, rechaza la aplicación del delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 313 del CP señalando que *«Si, como aquí ocurrió, la actuación del acusado se produce cuando ya están los inmigrantes dentro del territorio nacional, incluso habían realizado ya dentro de la provincia de Cádiz, algún trayecto desde el lugar del desembarco hasta la ciudad de Tarifa, cuando no*

⁽⁴⁷⁾ Supuestos de hecho similares son analizados y resueltos de forma idéntica por la Sección de Algeciras de la Audiencia de Cádiz en las sentencias número 78/2002 (Sección 7.ª), de 27 mayo, JUR 2002/223235; número 137/2002 (Sección 7.ª), de 14 noviembre, JUR 2003/71984; número 110/2003 (Sección 7.ª), de 16 junio 2003, JUR 2003/211810 y número 269/2003 (Sección 7.ª), de 30 septiembre, JUR 2003/244412. Cuestión diferente es la referente al dolo y a la prueba del conocimiento de la cualidad de inmigrante clandestino de la persona a la que se facilita el transporte hasta otra localidad. Esta Audiencia a falta de prueba directa (como la declaración de los emigrantes) o en unión de ella, recurre a indicios tales como las contradicciones existentes en las alegaciones del acusado, transporte efectuado a altas horas de la madrugada, recepción de los emigrantes en una zona notoriamente conocida como de llegada y recogida de ilegales, el aspecto que presentaban los inmigrantes con las ropas embarradas y mojadas, la ausencia de justificación respecto a su viaje a Cádiz, poseer el acusado con una cantidad de dinero que excede del normal de personas que se dedican a las labores declaradas y mas acorde con la cantidad percibida por los inmigrantes por la recogida y transporte, etc.

⁽⁴⁸⁾ En este sentido también la Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 120/2003 (Sección 4.ª), de 27 octubre, JUR 2003/271925, en la que puede leerse «los acusados, marroquíes de origen, recogieron a otros dos súbditos marroquíes en la carretera, en las inmediaciones de Algeciras, de madrugada, sin equipaje alguno, con parte de las ropas mojadas, accediendo a conducirles a una localidad donde pudieran trabajar, indicios de los que según el juzgador, se desprende con claridad que conocían la condición de ilegalidad o irregularidad de aquellos, consumando así el tipo penal.

⁽⁴⁹⁾ En este sentido la Sentencia Audiencia Provincial Málaga número 32/2002 (Sección 7.ª Melilla), de 12 junio, JUR 2002/251348, señala «Resultando irrelevante el lugar concreto desde el que partió la acusada con los súbditos marroquíes, si desde Marruecos o Melilla, puesto que el delito 318 bis núm. 1 se había cometido con la actividad dirigida a facilitar el desplazamiento por España de las súbditas extranjeras carentes de los permisos legales, conducta que supone un acto de favorecimiento del tránsito ilegal de extranjeros por territorio español» y en la Sentencia del Audiencia Provincial Cádiz número 103/2000 (Sección 6.ª Ceuta), de 20 octubre, JUR 2001/163835, puede leerse «Se trata de un delito de mera actividad, que se consume con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración ilegal, ya se ejecuten para facilitar la entrada en cualquier parte del territorio español o para su traslado entre dos puntos de éste o hacia el territorio de otro Estado, en todo caso tratando de eludir o habiendo eludido los requisitos de entrada en España».

⁽⁵⁰⁾ La problemática en Murcia es muy similar a la de Almería pero se ha optado por no citar las sentencias de aquella Audiencia, puesto que, el tipo objeto de acusación y analizado por aquellas es el del artículo 313 relativo a la inmigración clandestina.

consta probada relación alguna anterior a dicho desembarco que pudiera acreditar algún convenio entre Federico y tales inmigrantes (o los organizadores del viaje), es decir, cuando no aparece en los hechos probados dato alguno que permita hablar de promoción o favorecimiento de esa inmigración clandestina por parte de Federico, no cabe condenar a éste por el delito del artículo 313. Según los hechos probados de la sentencia recurrida respecto de esa llegada al país (España) no aparece actuación alguna por parte del acusado. Actuó después, cuando ya se había producido esa llegada y los inmigrantes ya estaban en el interior, en la ciudad de Tarifa. No es lo mismo favorecer la inmigración que favorecer al inmigrante». Pero añade a continuación, y es lo que ahora nos interesa para intentar clarificar el problema planteado, «Otra habría sido posiblemente la solución si, en lugar de haberse acusado y condenado por este delito del artículo 313, se hubieran perseguido los hechos en base al nuevo artículo 318 bis introducido por Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero (RCL 2000, 72, 209), dados los más amplios términos en que la conducta punible aparece definida en esta última norma.» También se puede citar en apoyo de esta interpretación la sentencia Tribunal Supremo número 1207/2003 (Sala de lo Penal), de 17 de septiembre, RJ 2003/6505, confirmando otra de la sección de Algeciras en un caso similar en el que se dictó sentencia absolutoria por el delito de secuestro y condenatoria por el del artículo 318 bis, parece también inclinarse por esta tesis, ya que, en los hechos probados no se recoge ningún tipo de connivencia con las personas que efectuaron el transporte desde Marruecos, al contrario, se afirma que los acusados «se dirigieron hacia el lugar conocido como «Los Banquitos del Cobre», término municipal de Algeciras, donde les constaba que se podían encontrar ciudadanos marroquíes, carentes de nacionalidad y que acababan de llegar procedentes de Marruecos» dos días antes. El Tribunal Supremo rechaza la alegación de infracción de ley por indebida aplicación del artículo 318 bis, pero sin entrar en el fondo del asunto porque los argumentos utilizados en el desarrollo de este motivo no se correspondían con lo que constituye el contenido propio de los motivos de casación fundados en el artículo 849.1.º LECrM, sino en la ausencia de prueba. Pero es claro que, invocada la indebida aplicación del 318 bis aún erróneamente motivada, si el Tribunal Supremo hubiera considerado atípicos los hechos declarados probados hubiera casado la sentencia de instancia.

Evidentemente, cualquier traslado de emigrantes que se encuentren en situación irregular por el interior del territorio nacional no puede considerarse constitutivo de delito interpretando de una forma amplia el concepto de tráfico de personas *en tránsito*. Con una interpretación así, se podría llegar al absurdo de criminalizar conductas como trasladar a otra ciudad a un emigrante irregular que lleve años residiendo en España. Se hace preciso pues establecer algún criterio restrictivo y este ha de venir dado por la necesidad de que el traslado de la persona entre dos puntos del territorio español favorezca o facilite el tráfico ilegal de personas. Creo que hay que diferenciar dos situaciones: una primera en la que el extranjero ha entrado recientemente de forma irregular en nuestro país (dos días en la sentencia citada del Tribunal Supremo) y aún se mantiene oculto en un lugar próximo al de llegada (generalmente en las playas o bosques cercanos) y no ha conseguido llegar a ninguna población o si lo logrado es para mantenerse escondido porque si es detectado podría procederse a su repatriación inmediata. En este caso, la conducta consistente en trasladar al emigrante desde aquel lugar hasta otra ciudad en la que podrá asentarse o al menos pasar desapercibido, parece claro que facilita el tráfico ilegal de personas. Otro caso muy distinto es el del extranjero que se encuentra ya en nuestro país de forma irregular pero sin ocultación ninguna, en el que facilitar su traslado de una ciudad a otra no debe estimarse tipificado en el 318 bis del CP. Considero que, para que puedan considerarse típicas estas conductas de traslados de extranjeros en situación irregular por el interior del territorio nacional sin connivencia con quien ha facilitado la entrada en España, deben concurrir las circunstancias a la inmediatez de aquella entrada, punto de

partida del traslado debe ser en un lugar cercano a la zona de llegada y que el extranjero haya permanecido en una situación de clandestinidad sin haber tenido la posibilidad de asentarse siquiera de forma exigua en nuestro país.

b) *La entrada aparentemente legal en España y el tráfico de turistas*

Hemos estudiado anteriormente como el concepto de la ilegalidad del tráfico del artículo 318 bis ha de ponerse en relación con la legislación específica en materia de derechos y libertades de los extranjeros y regulación de la entrada de extranjeros en España. Se trata pues de norma penal en blanco que requiere su integración con la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y por la Ley Orgánica 14/2003, de 14 de noviembre (LE). El artículo 25 de la LE, que regula los requisitos para la entrada en territorio español, exige, entre otros, presentar los documentos que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes. Estos requisitos son desarrollados en los artículos 23 y 24 del Real Decreto 864/2001, de 20 julio, que aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería. (Aún en vigor, aunque se espera una próxima reforma).

En los supuestos en los que el extranjero ha entrado por puestos habilitados para ello cumpliendo los requisitos de la Ley de Extranjería, por ejemplo invocando un viaje de carácter turístico ¿se puede considerar típica la conducta consistente en promover, favorecer o facilitar esa entrada cuando la finalidad del viaje no sea la alegada? Son estos los casos en los que el sujeto activo pretende facilitar la entrada, no para que el extranjero haga turismo, sino con el propósito de explotarlo laboralmente o sexualmente, con o sin su consentimiento, o simplemente lucrarse a costa del extranjero que paga cierta cantidad de dinero con el fin de ver expedida su entrada en España y asentarse en España incumpliendo la obligación de regreso a su país de origen. Esta entrada, aparentemente legal, la puede promover o facilitar el sujeto activo contactando, por sí o utilizando intermediarios, con el extranjero en su país de origen, facilitándole los pasajes de ida y vuelta (que probablemente no se utilizará), facilitándole dinero para que aquél justifique que posee medios económicos suficientes, el documento justificativo del establecimiento de hospedaje o una invitación de un particular, etc.

El supuesto de hecho no ha sido enjuiciado de forma uniforme por las distintas Audiencias. En algunas ocasiones se ha considerado que la entrada en España no puede ser calificada de ilegal por lo que tampoco puede considerarse que exista tráfico ilegal de extranjeros y la conducta sería atípica. En este sentido las sentencias Audiencia Provincial Burgos (Sección 1.^a), de 1 de febrero de 2002, ARP 2002/221; Audiencia Provincial León número 81/2003 (Sección 2.^a), de 19 de noviembre, ARP 2004/38 y Audiencia Provincial Valencia número 210/2002 (Sección 3.^a), de 23 de abril, JUR 2003/215225⁽⁵¹⁾. En la declaración de hechos probados de las tres sentencias queda claro que el sujeto activo, a cambio de ciertas cantidades de dinero, facilitaba la entrada en España como turistas de los extranjeros y que la finalidad del viaje no era precisamente turística⁽⁵²⁾. Las tres sentencias fundamentan la absolució n por el delito del

(51) También seguían este criterio, pero en la aplicación del artículo 313.1, la Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza número 217/2001 (Sección 1.^a), de 17 mayo, JUR 2001/213763 y la Sentencia Audiencia Provincial Burgos (Sección 1.^a), de 28 junio 2002, ARP 2002/562.

(52) Para facilitar la comprensión del tema reseñaremos de forma breve los tres supuestos de hecho resumiendo los hechos probados.

En la de Burgos el sujeto activo a cambio de una determinada cantidad de dinero, les ofrecía la posibilidad de venir a España incluyendo en ese precio el importe del billete, un dinero para el viaje y el pago del alojamiento y alimentación en España durante 15 días.

En la de León, los acusados otorgaron ante notario «cartas de invitación» a nombre de ciudadanos extranjeros de nacionalidad colombiana, a efectos de que éstos pudieran entrar en territorio español por los puntos fronterizos, teniendo que pagar sumas de dine-

artículo 318 bis CP de modo idéntico señalando que *la entrada en España de los ciudadanos extranjeros, a que se refiere esta causa, no puede ser calificada como de «ilegal», en tanto en cuanto que se hizo: por puesto habilitado al efecto y con los requisitos de entrada que se exigen por el artículo 25 de la mencionada Ley Orgánica 4/2000, siendo su situación de estancia en España como legal, a los efectos del artículo 30.1 de la Ley Orgánica 4/2000, y todo ello en relación con los arts. 1.1 y 4 y concordantes, del Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 864/2001 de 20 de julio de 2001, y sin que respecto de ninguno de los testigos extranjeros que han intervenido o que han sido referenciados en esta causa, se hayan considerado por la autoridad competente como de situación irregular en territorio Español, ni se haya considerado su situación como de infracción grave a los efectos del artículo 53. a) de la Ley Orgánica 4/2000...* Recientemente aplica también este criterio la Sentencia de la Audiencia Provincial Valladolid número 122/2004 (Sección 4.^a), de 23 marzo, JUR 2004/140761.

Sin embargo otras Audiencias Provinciales o secciones de la misma Audiencia (como es el caso de Valencia) analizando supuestos de hecho muy similares llegan a una conclusión diferente: la entrada en España ha sido de forma fraudulenta y no puede calificarse de legal porque no se cumplen los requisitos de la Ley de Extranjería como el relativo a la solvencia económica de la que en realidad carecían los extranjeros. En este sentido la Sentencia Audiencia Provincial Madrid número 439/2003 (Sección 3.^a), de 16 septiembre, JUR 2003/265602 indica que *«es evidente, por tanto, que la entrada de los ciudadanos bolivianos objeto de enjuiciamiento ni tan siquiera cumplía con los requisitos exigidos por la Ley de Extranjería al carecer los mismos de los medios precisos para subsistir, medios que, de forma fraudulenta, habían sido facilitados por las acusadas a fin de crear una situación de legalidad falsa»*. En la Sentencia Audiencia Provincial Valencia número 40/2002 (Sección 5.^a), de 15 marzo, ARP 2002/391 (confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia que después se citará), se afirma que *«resulta claro de lo actuado, a criterio de la Sala, que el señor S. pertenecía a una organización dedicada a promover el tráfico ilegal de personas de Colombia a España, con el fin de lucrarse mediante el dinero que obtuvieran de estas personas. Ello obliga a subsumir su conducta en los numerales 1, 2 y 5 del referido precepto (318 bis)... Por otro lado, es claro que, dado el modo en que se efectuaba la entrada de los inmigrantes colombianos en nuestro país (como turistas, con cartas de invitación falsas, aparentando una solvencia de la que carecían mediante el porte de dinero alquilado o prestado), debe tacharse de «tráfico ilegal de personas», en el sentido dado a esta expresión en el ya citado artículo 318 bis.1 del Código...»* El hecho relativo a que no haya transcurrido el plazo de 90 días de estancia aparentemente «legal» del extranjero debe considerarse irrelevante puesto que el delito se consuma

ro metálico a cambio de dichas cartas de invitación; así por ejemplo se declara probado que uno de los extranjeros llegó a España procedente de Colombia con una carta de invitación de la acusada donde le prometían trabajo, alojamiento, sufragar sus gastos de manutención, etc., carta que le costó 500.000 pesetas, dicha acusada le fue a buscar al aeropuerto Madrid-Barajas, donde la testigo Beta le entrega la carta de invitación y 1.000 dólares de su propiedad, trasladándola a León, después de exigirle más dinero, les entregó 80.000 pesetas, llegando la acusada a amenazarla con tomar represalias con su familia en Colombia, sino les entregaba 250.000 pesetas más y se hace constar que otro de los extranjeros tuvo que hipotecar su casa para pagar la invitación.

Y en la de Valencia se declara probado que los acusados recibían en Valencia a ciudadanos extranjeros, procedentes en su mayor parte de países del Este de Europa, quienes entraron en España con pasaporte legal, habiendo iniciado su viaje a España normalmente a través de una agencia de su país que, a cambio de una cantidad de dinero, les proporcionaba billetes y visados, así como el teléfono para poder contactar con las acusadas en España. Una vez en Valencia, Elisa les exigía el pago de la cantidad de 500 dólares a cambio de proporcionales alojamiento y trabajo, así como expectativas de gestión de permiso de trabajo y de residencia, aunque no un ofrecimiento expreso y determinado. Los ciudadanos extranjeros eran alojados en varios apartamentos de la acusada donde llegó a haber hasta veinte personas simultáneamente, y les llevaban a realizar faenas agrícolas, ejerciendo la acusada las funciones de jefe de cuadrilla pero sin intervenir en la contratación de trabajadores, quien cobraba el total de los jornales, dando a los trabajadores solo parte del mismo, según lo acordado entre ellos.

cuando se facilita la llegada a España, como señala la Sentencia Audiencia Provincial Albacete número 21/2002 (Sección 2.^a), de 21 marzo, JUR 2002/129924, *«hay que distinguir entre quien viene como turista y el que lo hace para trabajar. La carencia del visado en determinados casos, está en función precisamente de que no se viene a realizar actividad alguna y al escaso tiempo de residencia (hasta noventa días). La actividad delictiva se conforma en el hecho de proporcionar los billetes de avión y la entrega de los 1.000 dólares para facilitar esa venida a España.»*⁽⁵³⁾.

La Circular FGE 1/2002, de 19 febrero, con anterioridad a aquellos pronunciamientos de la Audiencias Provinciales y adelantándose a ellos, abordó este problema señalando que «deben también considerarse ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación que, sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.).»

Este tema ha sido resuelto finalmente por el Tribunal Supremo optando con claridad por la segunda interpretación que hemos estudiado. La Sentencia Tribunal Supremo número 2205/2002, de 30 enero, RJ 2003/2027, respecto del artículo 313 CP pero la doctrina es perfectamente aplicable al tipo del artículo 318 bis CP, afirma que *«es claro que el recurrente promovió la inmigración clandestina de una persona, reclutándola en el Ecuador, pagándole el billete hasta España y proporcionándole una cantidad en metálico, para que pudiese entrar como turista, cuando la finalidad de la inmigración era que trabajase en nuestro país en un Club de alterne regentado por un amigo suyo. Una vez en España le exigió la devolución del dinero en metálico prestado para defraudar los controles de inmigración y también que pagase con sus servicios el precio del viaje, colocándola en una situación de penuria y desprotección que constituye uno de los peligros que pretende conjurar el tipo penal.»* En el mismo sentido, también aplicando el artículo 313 CP, la Sentencia Tribunal Supremo número 1045/2003, de 18 de julio, RJ 2003/5460, señala con toda claridad que *«la clandestinidad en la inmigración no es aquella que se oculta o se hace a espaldas de la administración (subrepticia), sino que alcanza también a las entradas fraudulentas, aun conocidas por los organismos oficiales. En nuestro caso se produjo un claro fraude de ley. El recurso a la condición de turistas, sólo constituía una tapadera, patraña o subterfugio que encubría una verdadera inmigración ilegal, ajustada a un plan o designio inicial... Aunque hipotéticamente estimáramos que existió un propósito serio de hacer turismo en España (circunstancia que no se acepta), transcurrido el tiempo límite de la autorización sin regresar a su país, la estancia en el nuestro se tornaba ilegal y, por ende, clandestina, al no haberse otorgado a tales personas el derecho de residencia a efectos laborales.»*

Finalmente la Sentencia Tribunal Supremo número 1735/2003, de 26 diciembre, RJ 2003/9412, confirmando la sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia de Valencia antes citada, aplica expresamente el artículo 318 bis CP. La sentencia señala que *«nos parece legítimo que la Audiencia Provincial estimara acreditado que había relación entre Julián y aquellos otros que desde Colombia, valiéndose de la agencia de viajes Traviatur, habían contacta-*

⁽⁵³⁾ Entre otras sentencias de Audiencias Provinciales que condenan por el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros pese a que la entrada en España fue aparentemente legal, referidas a supuestos de explotación sexual, cabe citar: Sentencia Audiencia Provincial de Málaga número 81/2002 (Sección 3.^a), de 27 mayo, JUR 2002/250859 y Sentencia Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 2.^a), de 9 enero 2004, JUR 2004 68803.

do con los que encubrían su condición de emigrantes bajo un pasaporte de turistas... Estimamos que hay conexión lógica entre esos hechos básicos y este hecho consecuencia: que los de Colombia y los del piso de Valencia (Julián y su esposa) formaban todos una sola organización que tenía como fin la llegada a España de unos emigrantes sin la documentación necesaria para trabajar aquí. Aquellos facilitaban el viaje y éstos el mencionado hospedaje inicial» y concluye: «Nos encontramos ante un tráfico ilegal de personas con destino a España, facilitado por Julián al proporcionar hospedaje a quien venía como turista y se quedaba aquí por tiempo indefinido en busca de trabajo. Algunos de los propios afectados, al declarar como testigos, dijeron cómo fue importante para decidirse a venir a España el conocer un sitio donde podrían pasar los primeros días. Así pues, fue aplicado correctamente en la sentencia recurrida el apartado I del artículo 318 bis».

3.4 Tipo subjetivo

El tipo subjetivo es evidentemente doloso. El dolo ha de comprender el conocimiento de que el o los extranjeros objeto del traslado carecen de los requisitos necesarios para entrar (o en su caso, salir) de España, esto es, la ilegalidad del tráfico de personas, y la voluntad de realizar su conducta para promover, favorecer o facilitar ese tráfico ilegal desde, en tránsito o con destino a España. Lógicamente no existiendo tipificación expresa, la comisión imprudente de cualquiera de sus modalidades de conducta es impune.

La posibilidad de admisión del dolo eventual suscita discrepancias en la doctrina. Serrano-Piedecabras⁽⁵⁴⁾ considera que el tipo subjetivo requiere dolo directo dado que se trata de una figura «harto necesitada de restringir su ámbito de aplicación.» Rodríguez Mesa⁽⁵⁵⁾ entiende que si bien la estructura del tipo no impide la posibilidad de admitir su posible comisión a título de dolo eventual, no parece que políticamente sea conveniente su admisibilidad, considerando la existencia de infracciones administrativas y la ausencia de específicas modalidades ejecutivas de comisión. Propone una restricción teleológica del tipo, limitando las modalidades de ejecución a las conductas realizadas con dolo directo. Pérez Cepeda⁽⁵⁶⁾ también se muestra partidaria de reclamar la exigencia de dolo directo porque se trata de un delito necesitado de restricción teleológica ante la ausencia específica de modalidades ejecutivas de comisión que doten de especial desvalor de acción.

Rodríguez Montañez⁽⁵⁷⁾ admite cualquier clase de dolo, aunque considera que podría ser conveniente exigir dolo directo, es muy difícil fundamentar legalmente esa exigencia. Como indica, el término promover lleva implícita la exigencia de dolo directo pero no las conductas de facilitar y favorecer. De opinión semejante es De León Villalba,⁽⁵⁸⁾ García Calderón señala que el tipo parece requerir de un dolo de consecuencias necesarias⁽⁵⁹⁾.

La doctrina suele citar como ejemplo de dolo eventual la conducta del transportista que asumiendo seriamente la probabilidad de que el ciudadano extranjero carezca de los documentos necesarios para su entrada en territorio español, procede a facilitarle la entrada. En este

(54) SERRANO-PIEDECABRAS, *op. cit.*

(55) RODRÍGUEZ MESA, *op. cit.*

(56) PÉREZ CEPEDA, *op. cit.*

(57) RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *op. cit.*

(58) LEÓN VILLALBA, *op. cit.*

(59) Es decir, que el sujeto acepta el resultado producido como consecuencia necesaria de su actuación aunque persiga otros fines. GARCÍA CALDERÓN, J. M. «Extranjería y criminalidad» Revista del Ministerio Fiscal número 8, Ministerio de Justicia, 2000.

sentido Rodríguez Mesa y Pérez Cepeda consideran que en este caso lo procedente es la sanción administrativa tipificada en el artículo 54.2 LE. Como no he encontrado ninguna sentencia que analice este tema, hemos de suponer que así se procede en la práctica. García España y Rodríguez Candela⁽⁶⁰⁾, partidarios de admitir el dolo eventual, ponen otro ejemplo del mismo. Se trataría del supuesto de que un inmigrante se escondiera en los bajos de un vehículo de mercancías, siendo sospechado este hecho por el transportista y asumiendo el probable traslado ilegal, sin que éste se preocupe de confirmarlo o sin dar conocimiento de dicha sospecha a los agentes de la autoridad. En la práctica, estos casos, en los que el inmigrante se esconde en un lugar del vehículo donde no es precisa la ayuda del conductor para la ocultación, no dan lugar siquiera a la incoación de procedimiento penal probablemente ante la imposibilidad de probar ese dolo eventual. Cuestión diferente es cuando el lugar de ocultación es la cabina o la caja del correspondiente camión. En un caso así, la sentencia de la Audiencia Provincial Cádiz número 23/2003 (Sección 6.ª Ceuta), de 8 abril, JUR 2003/253995, destaca la obligación del transportista de comprobar la carga⁽⁶¹⁾.

Un supuesto que sí se plantea en la práctica con mucha frecuencia, y en el que se podría suscitar la posibilidad de dolo eventual, es el traslado en vehículos particulares sin ocultación de inmigrantes al cruzar los controles aduaneros de Ceuta, Melilla y Algeciras (y en menor medida Almería y Málaga). El inmigrante suele viajar sin documentación o con documentación falsa, y el conductor del vehículo, no solo realiza el traslado, sino que, poseyendo él la documentación necesaria para entrar en territorio Schengen, procura, en cierta forma, que aquél pueda pasar el correspondiente control policial de identidades facilitando una comprobación menos exhaustiva de la identidad de su acompañante. Pero cabe también la posibilidad de que el viaje conjunto se haya concertado casualmente y sin que el conductor no tenga un conocimiento perfecto de las circunstancias personales de su acompañante. Si se admitiera la posibilidad de dolo eventual, temo que, todas las sentencias habrían de ser condenatorias, porque, ante el conocimiento general de esta problemática, es difícil pensar que una persona acceda a llevar a un desconocido sin plantearse que pueda carecer de documentación legal y, no pidiéndole que descienda del automóvil, aceptar el traslado ilegal. En la práctica las sentencias que analizan este caso no se plantean la posibilidad de dolo eventual, por lo que implícitamente parecen aceptar la tesis restrictiva que exige dolo directo. O aprecian el dolo, entendido éste como conocimiento de que el acompañante carece de los requisitos necesarios para la entrada y voluntad de efectuar el traslado⁽⁶²⁾, o por el contrario, de los indicios concurrentes no puede inferirse ese conocimiento procediendo al dictado de sentencia absolutoria⁽⁶³⁾.

(60) GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, *op. cit.*

(61) La sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 23/2003 (Sección 6.ª Ceuta), de 8 abril, JUR 2003/253995, señala «se ha producido una importante presunción que constituye un hecho indiciario de extraordinaria importancia, y que no es otro que la circunstancia de haber sido sorprendidos los inmigrantes en el interior del camión que conducía el acusado, quien tenía el dominio del hecho y todas las posibilidades y, en cierta manera, la obligación de comprobar que la carga del camión que conducía era correcta, ante el riesgo que supone en relación con este tipo de delitos en la zona en que nos encontramos, el que estos vehículos sean utilizados para tan ilícito tránsito o transporte.»

(62) Estiman acreditado el dolo en estos casos, (el inmigrante viaja en el automóvil sin ocultarse al embarcar) las sentencias de la Audiencia Provincial Cádiz (Sección 6.ª Ceuta), número 77/2002, de 10 septiembre, JUR 2003/70099 y número 114/2003, de 8 octubre, JUR 2003/270797.

(63) Estiman que no se acredita el dolo en un supuesto en el que el inmigrante viaja sin ocultarse al desembarcar del correspondiente ferry las sentencias de la Audiencia Provincial Cádiz Sección 7.ª Algeciras número 38/2001, de 19 febrero, ARP 2001/537, número 88/2002, de 15 julio, ARP 2002/658, número 140/2002, de 3 diciembre, JUR 2003/126666, e incluso viajando el inmigrante oculto bajo una manta en la sentencia número 44/2003, de 20 marzo, JUR 2003/158580. En este sentido también la Sentencia Audiencia Provincial Málaga número 42/2002 (Sección 7.ª Melilla), de 26 junio, JUR 2002/251800. Vid. nota número 58 sobre los indicios considerados por la Sección de Algeciras para considerar probado el dolo en un supuesto de hecho diferente.

3.5 Autoría y formas de participación

La amplitud de las acciones descritas en artículo 318 bis supone que tengan la consideración de autoría la perpetración de determinadas conductas que respecto a otros tipos sólo serían formas accesorias de participación y tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, que añade las expresiones directa o indirectamente, resulta aún más difícil admitir la posibilidad de una forma de participación distinta a la autoría.

Con anterioridad a esta última reforma Serrano-Piedecabras⁽⁶⁴⁾ consideraba que a diferencia del artículo 313.1, el artículo 318 bis no eleva a la categoría de autoría conductas propias de la cooperación necesaria y en el precepto se abre la posibilidad de diferenciar aportes como autor de los que se hacen en calidad de partícipe. Para Conde-Pumpido Tourón⁽⁶⁵⁾, también con anterioridad a la Reforma, la fórmula «promover, favorecer o facilitar» dificulta enormemente la apreciación de fórmulas menores de participación (complicidad) o de ejecución (tentativa), como sucede con el delito de tráfico de estupefacientes, pero no las impide, conforme a una reiterada jurisprudencia relativa a los referidos delitos. Tras la reforma, Pérez Cepeda⁽⁶⁶⁾, aún reconociendo que puede interpretarse que en la nueva redacción del artículo 318 bis se refuerza el contenido genérico de las conductas descritas al incluirse la expresión «directa o indirectamente» optando el Legislador por un concepto unitario de autor, es posible, con una interpretación más acorde con el principio de intervención mínima, diferenciar las aportaciones que se realicen como autor de las de las que se hacen en calidad de partícipe. De este modo, defiende la posibilidad de imputar las conductas que realiza el favorecedor del favorecedor a título de cooperador no necesario, así como ciertas labores de intermediación o apoyo no esenciales y fácilmente reemplazables.

Otros autores, por el contrario entienden que el artículo 318 bis consagra un concepto unitario de autor, al equiparar las conductas de colaboración con la autoría, obviando la posibilidad de graduar las diferentes conductas posibles en función de su gravedad. En este sentido De León Villalva⁽⁶⁷⁾, quien considera, que los intentos doctrinales de diferenciar las conductas propias de la autoría de las de la complicidad, encuentran una doble oposición: las normas internacionales que inspiran la norma y los criterios de política criminal que exigen la mayor incriminación de toda conducta que contribuya de una u otra forma en el desarrollo de la trata, y la redacción del propio artículo 318 bis que no deja lugar a la duda. Rodríguez Mesa⁽⁶⁸⁾ también considera que, la excesiva amplitud y vaguedad con la que están redactadas las distintas acciones típicas, amplía el círculo de la autoría a lo que, en otro caso, serían formas de participación. Con posterioridad a la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, Villacampa Estiarte⁽⁶⁹⁾ señala que con la nueva redacción cabe continuar manteniendo aún con mayor razón que en la anterior, si cabe, que se sostiene un concepto unitario de autor.

Ahora bien, como indica Rodríguez Mesa, la amplitud del tipo penal no puede llevarse a los extremos de considerar también autores a los que realicen simples actos preparatorios, como son la conspiración, la provocación y la proposición para llevar a cabo el tráfico ilegal de personas. Estas conductas, ante la ausencia de tipificación expresa, serían impunes.

⁽⁶⁴⁾ SERRANO-PIEDECABRAS, *op. cit.*

⁽⁶⁵⁾ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *op. cit.*

⁽⁶⁶⁾ PÉREZ CEPEDA, *op. cit.*

⁽⁶⁷⁾ LEÓN VILLALVA, *op. cit.*

⁽⁶⁸⁾ RODRÍGUEZ MESA, *op. cit.*

⁽⁶⁹⁾ VILLACAMPA ESTIARTE, *op. cit.*

La Sentencia Tribunal Supremo número 1330/2002, de 16 de julio, RJ 2002/7668, respecto al delito de inmigración clandestina, que es de configuración típica similar al del artículo 318 bis, señalaba *«Por lo demás, la aplicación de la complicidad se compadece mal con la amplitud del tipo del artículo 313.1.º del CP, similar en su tipología, como ya hemos expuesto, con el artículo 368 del propio Cuerpo legal, haciéndose muy difícil la apreciación de formas imperfectas de participación (y de ejecución, pero éste es otro problema).»* Sólo he encontrado dos sentencias que aprecian una forma accesoria de participación en el delito del artículo 318 bis. La primera es la Sentencia Audiencia Provincial Valencia número 40/2002 (Sección 5.ª), de 15 de marzo, ARP 2002/391, en la que se enjuiciaba un caso de tráfico de personas bajo la apariencia de turistas, en el que el autor concertado con una agencia de viajes colombiana, y lucrándose, promovía la llegada de inmigrantes bajo la apariencia de turistas facilitándoles los pasajes, cartas de invitación y dinero en metálico que habían de devolver. Una vez en España, los alojaba en una vivienda cobrándoles ciertas cantidades por este concepto. Respecto a la conducta de la esposa del autor se declara probado *«La Sra. Paloma desempeñaba una actividad de colaboración con su esposo, dedicándose a la llevanza de la casa y a cocinar la comida de los ocupantes de la vivienda, con conocimiento de la procedencia de éstos y de lo irregular de la situación de los extranjeros que alojaban en la misma»* y es condenada por la Audiencia de Valencia como cómplice del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros⁽⁷⁰⁾. Esta sentencia fue recurrida en casación, y aunque el Ministerio Fiscal no formuló recurso, y por tanto, no impugnó este aspecto de la sentencia, el Tribunal Supremo, parece discrepar del parecer de la Audiencia. Así en la Sentencia número 1735/2003, de 26 de diciembre, RJ 2003/9412, puede leerse a este respecto *«Ya hemos dicho antes cuál fue la intervención de la esposa en el delito cometido por el marido, que la Audiencia Provincial consideró de naturaleza secundaria, esto es, como una participación no necesaria en la infracción cometida por otra persona en calidad de autor. La figura del cómplice tiene una doble frontera. Hacia arriba limita con la coautoría, la inducción o la cooperación necesaria y hacia abajo con las conductas atípicas por su irrelevancia. Su condena como coautoría o inducción o cooperación necesaria no ha de ser aquí estudiada, porque no ha recurrido el Ministerio Fiscal, única parte acusadora. Y, desde luego, entendemos que no es irrelevante la participación de Paloma en estos hechos, que se dedicaba «a la llevanza de la casa y a cocinar la comida de los ocupantes de la vivienda con conocimiento de la procedencia de éstos y de lo irregular de la situación de los extranjeros que alojaban en la misma», como literalmente podemos leer en el párrafo penúltimo del relato de hechos probados de la sentencia recurrida, del que necesariamente hemos de partir para resolver las cuestiones de mera calificación jurídica...»*

La otra sentencia es la de la Audiencia Provincial Las Palmas número 48/2004 (Sección 2.ª), de 22 de marzo. La conducta que se califica de participación accesoria es muy similar a la de la sentencia de Valencia. Se trata de una organización que facilita la llegada de extranjeros en patera hasta Lanzarote. Una vez allí, les proporcionan alojamiento a la espera de que puedan continuar viaje hacia la Península para lo que proveen a los inmigrantes de docu-

⁽⁷⁰⁾ Sobre este punto la Sentencia Audiencia Provincial Valencia número 40/2002 (Sección 5.ª), de 15 marzo, ARP 2002/391, argumenta «Por su parte, la señora M. G. colaboraba en el delito permanente cometido por su esposo, con una actuación no esencial pero sí auxiliadora de la desarrollada por éste; y así, según explicaron los testigos víctimas del delito, llevaba la vivienda de acogida de éstos, atendía en ocasiones el teléfono del señor S., y se encargaba de dar comida a los inmigrantes que se alojaban en la misma; todo ello con pleno conocimiento de lo ilegal y angustioso de la situación de tales inmigrantes, de su venida desde Colombia a los solos efectos de encontrar trabajo en nuestro país, y de que los mismos tenían que pagar tanto en Colombia como a su esposo, por la venida, entrada y estancia en España; lo que la convierte, a criterio del Tribunal, en cómplice del referido delito consumado contra los derechos de los ciudadanos extranjeros».

mentación falsa. Respecto a la conducta del cómplice se declara probado que «*conocía la ilícita actividad a que se dedicaba Jorge y al menos en una ocasión llevó comida a los inmigrantes que se encontraban en la vivienda a que nos hemos referido y se ocupó de que los allí alojados no salieran al exterior*» La Audiencia aplica la agravante de pertenencia a una organización del resto de los acusados pero no al cómplice, señalando respecto de su participación «*Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél. Pues bien la declaración de los testigos directos acusados en el acto del juicio Luis Andrés y Valentín y la declaración recogida como prueba anticipada de Oscar y Braulio, atestiguan que Fermín, al que identifican como Marco Antonio, les llevó la comida y de alguna forma les custodiaba en la vivienda en que esperaban para seguir su viaje a la Península...Su intervención en los hechos narrados no puede entenderse como esencial o determinante para la comisión del delito, pero sí accidental y secundaria.*»

En definitiva, la posibilidad de admitir formas de participación de naturaleza accesoria y qué conductas podrán ser consideradas como secundarias, es una cuestión que en el futuro tendrá que perfilar el Tribunal Supremo, quién dada la elevación de las penas operada por la Ley Orgánica 11/2003, conocerá con mayor frecuencia de este delito.

3.6 *Iter Criminis* y grados de ejecución

De igual modo que con las formas de participación, la amplitud de la descripción típica dificulta que puedan considerarse formas imperfectas de ejecución, pero la admisión o no de éstas, dependerá del concepto del que se parta sobre la estructura del tipo: delito de peligro o de resultado.

Para Serrano-Piedecasas⁽⁷¹⁾ se trata de un delito de peligro abstracto y no cabe un desarrollo imperfecto del tipo, la consumación se alcanza con la realización de las conductas típicas sin que sea necesario acreditar la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo ni que la víctima del tráfico ilegal, haya efectivamente salido, entrado o transitado por territorio español. En idéntico sentido se pronuncia Palomo del Arco⁽⁷²⁾. De León Villalba,⁽⁷³⁾ también excluye la posibilidad de formas imperfectas de ejecución porque se trata de un delito de peligro que adelanta la consumación al momento mismo de la realización de la conducta. Villacampa Estiarte⁽⁷⁴⁾ señala que, con la nueva redacción de la Ley Orgánica 11/2003, que añade la expresión directa o indirectamente, continúa equiparándose las formas e imperfecta realización a la consumación cuando este efecto no se deduce necesariamente de las recomendaciones armonizadoras contenidas en la normativa comunitaria.

García España y Rodríguez Candela⁽⁷⁵⁾ consideran que el tipo se configura como un delito de peligro abstracto-concreto o de aptitud, que adelanta en estos supuestos las barreras de protección, produciéndose una consumación anticipada, Por ello no es posible apreciar la tentativa.

⁽⁷¹⁾ SERRANO-PIEDECASAS, *op. cit.*

⁽⁷²⁾ PALOMO DEL ARCO, *op. cit.*

⁽⁷³⁾ LEÓN VILLALBA, *op. cit.*

⁽⁷⁴⁾ VILLACAMPA ESTIARTE, *op. cit.*

⁽⁷⁵⁾ GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, *op. cit.*

Por el contrario otros autores consideran que el tipo del artículo 318 bis, con independencia de que en relación con el bien jurídico se configure como un delito de peligro abstracto, se trata de un tipo de resultado. Rodríguez Mesa ⁽⁷⁶⁾ considera que para la acción típica ha de tener como resultado el tráfico de personas desde o con destino a España, no es preciso para entender consumado el delito que el movimiento migratorio se produzca en su totalidad, pero al menos es preciso que el desplazamiento se haya puesto en marcha. En consecuencia, considera que habría tentativa en todos aquellos casos en los que el movimiento migratorio no se produce por causas independientes de la voluntad del sujeto. En un sentido similar se pronuncia Pérez Cepeda ⁽⁷⁷⁾ considerando también el delito como de resultado y exigiendo para la consumación que el comportamiento del sujeto activo tenga una incidencia en el hecho de los desplazamientos de los sujetos pasivos. Ello abriría la posibilidad de admitir la comisión por omisión y la tentativa. Esta autora cita como ejemplo de tentativa el supuesto de que ya se hayan facilitado los medios, por ejemplo, una patera y el conductor está preparado, pero ese día sube la marea y no puede realizarse la travesía. Veremos a continuación como la Sección de Ceuta de la Audiencia de Cádiz, enjuiciando actos de ejecución incluso anteriores a la preparación de la embarcación, considera consumado el delito. Por lo demás cuando el punto de partida sea otro país y el autor extranjero los tribunales españoles, salvo que alguna conducta se hubiera perpetrado en nuestro país, carecería de jurisdicción para conocer de estos hechos. Una postura divergente es la que mantienen García España y Rodríguez Candela ⁽⁷⁸⁾, quienes efectuando una inaudita interpretación del artículo 23.3 de la LOPJ y atendiendo a un determinado concepto del bien jurídico protegido consideran que el tráfico de personas es susceptible de tipificarse con delitos contra la Administración Pública española a los efectos de su persecución cuando fueran perpetrados fuera del territorio nacional. Como esta tesis parece difícil de asumir, estimo que, podría ser conveniente una reforma de la LOPJ para atribuir jurisdicción a los tribunales españoles siempre en casos de tráfico de personas (de igual forma que para los delitos de tráfico de drogas o los relativos a la prostitución, entre estos últimos creo que debe incluirse ya el subtipo del art. 318 bis.2) y evitar el problema que puede surgir en la práctica cuando la interceptación de la embarcación con emigrantes por las patrulleras del Servicio Marítimo se produzca fuera de las aguas territoriales españolas y máxime si consideramos que la intervención de la Guardia Civil o del Servicio de Vigilancia Aduanera es inaplazable, con independencia del lugar donde se encuentre la patera, considerando el riesgo cierto para la vida de las personas que viajan en estas pequeñas embarcaciones, generalmente sobrecargadas.

Con independencia del criterio que se siga sobre la naturaleza del tipo y a efectos prácticos atendidos los casos que habitualmente se enjuician, es claro que, para que el delito se consuma, no es preciso que el extranjero víctima del tráfico haya traspasado el correspondiente control aduanero en los supuestos de intervención en los puestos fronterizos ni que el inmigrante haya desembarcado en los casos en los que la patera es interceptada antes de llegar a la costa española ⁽⁷⁹⁾. Por lo demás, si la Jurisprudencia ha admitido en supuestos excepcionales la posibilidad de tentativa en el delito contra la salud pública que tiene una configuración típica parecida, no se ha de descartar que en algún supuesto, realmente excepcional, pueda apreciarse la imperfección delictiva.

⁽⁷⁶⁾ RODRÍGUEZ MESA, *op. cit.*

⁽⁷⁷⁾ PÉREZ CEPEDA, *op. cit.*

⁽⁷⁸⁾ GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, *op. cit.*

⁽⁷⁹⁾ Respecto al artículo 313.1 la Sentencia Tribunal Supremo número 112/1998, de 3 febrero, RJ 1998/645, señalaba que «es un delito de mera actividad, que se consumó por la realización de los actos de promoción o favorecimiento, sin exigir que se consiga la llegada a territorio español de los extranjeros o la obtención de puesto de trabajo por los mismos».

Ninguna sentencia he encontrado en la que se aprecie la tentativa en el delito de tráfico ilícito de personas. Alegada la infracción de ley por inaplicación de los artículos 16 y 62 del CP (tentativa), en un supuesto en la que la embarcación es interceptada a una milla de la costa, el Tribunal Supremo desestima el motivo «*pues el recurrente llevó a término la acción típica que se le reprocha, ya que favoreció o facilitó por dinero el tráfico ilegal de personas, en condiciones de riesgo para la vida de éstas, dado el tipo de embarcación y la falta de precauciones imprescindibles (medios de navegación, material de salvamento, etc.), realizando el transporte concertado.*» (Sentencia Tribunal Supremo número 1685/2002, de 15 de octubre, RJ 2002/8964).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga número 77/2002 (Sección 7.ª Melilla), de 15 de noviembre, JUR 2003/133306, contempla un supuesto en el que se declara probado que el acusado *llegó a un acuerdo* (se sobreentiende que en Melilla) *con la súbdita marroquí, para introducirla clandestinamente en la Península, a cambio de 20.000 dirhams, que aquella le pagó por anticipado, obligándola a tal efecto a permanecer encerrada tres días en la furgoneta de su propiedad, sin llegar a embarcar por causas no precisadas en los autos.* Es decir no se inició el desplazamiento, que exige el sector de la doctrina antes citado, para la consumación. La Audiencia califica el delito de mera actividad, aunque sin analizar la posibilidad de tentativa (probablemente porque no se invocó) y condena por el delito consumado. De otra parte, la Sección de Ceuta de la Audiencia Provincial de Cádiz aborda con relativa frecuencia un supuesto consistente en la conducta de alojar en viviendas de aquella localidad a extranjeros que desean emigrar a la espera del embarque en la correspondiente patera. Si consideramos el régimen fronterizo especial de esta ciudad, no habrá sido preciso la intervención del autor para facilitar su entrada en aquella, aunque también es posible interpretar que el conocimiento del lugar donde será alojado motiva que el inmigrante se desplace. En cualquier caso la Audiencia de Ceuta, sin entrar a analizar la posibilidad de una forma imperfecta de ejecución, condena por el delito consumado. (sentencias de la Audiencia Provincial Cádiz Sección 6.ª Ceuta número 82/2001, de 8 octubre, JUR 2001/329635, número 12/2002, de 4 junio, JUR 2003/69561 y número 60/2002, de 22 julio, JUR 2003/69972).

3.7 Cuestiones concursales

Aún cuando la conducta afecte a varios sujetos pasivos o sean varios los extranjeros objetos de tráfico ilegal, en atención a la naturaleza colectiva del, (único o del predominante), bien jurídico protegido, dará lugar a un sólo delito de tráfico de personas, y no concurso de delitos.

3.7.1 318 BIS.1 (TIPO BÁSICO DE TRÁFICO ILEGAL) Y 313.1 (INMIGRACIÓN CLANDESTINA)

El principal problema se deriva de la coexistencia del artículo 318 bis con el artículo 313.1 que castiga a quien promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España. En la práctica es la cuestión más importante que se plantea; se deberá determinar que precepto es aplicable a una conducta, que en la mayoría de los casos, en principio, será subsumible en ambos tipos (piénsese en un traslado de extranjeros a nuestro país en patera o en cualquier otro vehículo).

Con anterioridad a la reforma de la Ley Orgánica 11/2003 la pena señalada para el delito del artículo 313.1 (prisión de 2 a 5 años) era superior a la pena del artículo 318 bis (prisión

de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses para el tipo básico, que podía alcanzar la de 6 años de prisión y multa de 36 meses en el supuesto de pertenencia a organización). La doctrina mayoritaria, y sin perjuicio de alguna opinión aislada que defendía el concurso de delitos en determinados supuestos⁽⁸⁰⁾, entendía que nos encontrábamos ante un supuesto de concurso de normas que había que resolver por el principio de alternatividad⁽⁸¹⁾ (art. 8.4 CP) o por el principio de especialidad⁽⁸²⁾ (art. 8.1CP) o bien aplicando ambos principios⁽⁸³⁾. En cualquier caso, cuando se trataba del tipo básico del 318 bis.1, la solución apreciando alternatividad o especialidad era idéntica, se debía aplicar el artículo 313.1.

La circular FGE 1/2002 acudió a la aplicación de ambos principios para resolver el concurso de normas. Señalaba que el tipo del artículo 313 exige que el sujeto pasivo sea un trabajador. Para permitir la consideración de trabajador a efectos de aplicación del artículo 313.1 es suficiente con que se trate de personas que pretendan el acceso a territorio español con la finalidad de buscar trabajo (sentencias del Tribunal Supremo número 112/1998, de 3 de febrero, RJ 1998/645 y 995/2000, de 30 de junio, RJ 2000/6081) Por ello, en principio, el artículo 313 es ley especial frente al 318 bis.1 al requerir la condición más restringida de trabajador en el sujeto pasivo. A tal criterio de especialidad (art. 8.1), que por sí solo bastaría para decidir la cuestión, se suma el criterio de la mayor pena (art. 8.4) que impone el artículo 313 frente a la del artículo 318 bis. Ahora bien, en los supuestos de tránsito ilegal por territorio nacional o de salida ilegal del mismo de personas, trabajadoras o no, se aplicará el artículo 318 bis, al ser supuestos no contemplados expresamente en el artículo 313.1 que se ciñe a la inmigración (circular FGE 1/2002).

Tras la Reforma del artículo 318 bis, ¿se debe mantener el mismo criterio? Dos opiniones doctrinales he podido consultar, formuladas tras la reforma y contemplando ésta. De un lado Pérez Cepeda parece seguir manteniendo la preferencia del artículo 313.1 en virtud del principio de especialidad frente al 318 bis⁽⁸⁴⁾. De otro Villacampa Estiarte, tras considerar que la relación existente entre el artículo 318 bis y el 313.1 se ha ensombrecido a consecuencia de la reforma, se limita a exponer las dos posibles interpretaciones, seguir manteniendo la especialidad del artículo 313 o acudir al principio de alternatividad, sin que, aparentemente se decante por alguna de ellas⁽⁸⁵⁾.

Pienso que la Reforma sí ha sido clarificadora en el aspecto de regular en un sólo tipo todos los comportamientos relacionados con el tráfico de personas. Cierto es que, con una defectuosa técnica legislativa, al dejar formalmente vigente el artículo 313.1, pero creo que ese objetivo sí se ha conseguido. Antes de la Reforma, había que distinguir, dentro de las conductas relativas al

⁽⁸⁰⁾ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *op. cit.* entendía que el artículo 313.1 es ley especial frente al 318bis.1. pero en los supuestos agravados del artículo 318 bis consideraba que habría un concurso de delitos con el artículo 313.1 porque ninguno de los tipos abarca la totalidad del desvalor del otro, al tener una pena más grave y afectar a bienes jurídicos distintos.

RODRÍGUEZ MESA, *op. cit.* consideraba que, cuando los sujetos pasivos del mismo movimiento migratorio se encuentren tanto trabajadores como otras personas que no merezcan tal calificación, habría que acudir al concurso de delitos, «entenderlo de otro modo sería desconocer el desvalor que supone la conducta para alguno de los bienes jurídicos afectados».

Ninguna de estas dos interpretaciones ha tenido la menor repercusión en las sentencias de nuestros Tribunales.

⁽⁸¹⁾ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *op. cit.* consideraba que «aplicar la regla de la especialidad, en virtud del elemento especializante del artículo 312 (finalidad laboral o de mano de obra del tráfico) reduciría el contenido del artículo 318 bis, ya que la mayoría de las migraciones ilegales tienen como finalidad la búsqueda de trabajo en el país de destino».

También acudían al criterio de alternatividad GARCÍA ESPAÑA, E. y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. *op. cit.*

⁽⁸²⁾ DE OÑA NAVARRO, J. M., «El extranjero víctima de explotación y discriminación. Infracciones penales que sancionan específicamente esta conductas. Otras infracciones genéricas de abusos» Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal IV-2002, Ministerio de Justicia, 2003, SERRANO-PIEDRACASAS, *op. cit.*

⁽⁸³⁾ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *op. cit.*; MAQUEDA ABREU, M. L., «El extranjero víctima del tráfico ilícito. Tráfico de personas y tráfico sexual: cuestiones concursales» Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal IV-2002, Ministerio de Justicia, 2003.

⁽⁸⁴⁾ PÉREZ CEPEDA, *op. cit.* pág 211 y ss.

⁽⁸⁵⁾ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *op. cit.*

tráfico de extranjeros entre tráfico de trabajadores (art. 313,1), tráfico sexual (art. 188.2) y tráfico de personas en general (art. 318 bis). Ahora, tras la Ley Orgánica 11/2003, al enjuiciarse un supuesto de tráfico de personas, cualquiera que sea la condición del sujeto pasivo o la finalidad del traslado, se aplicará el artículo 318 bis (el tipo básico o sus subtipos agravados). A esta conclusión se llega, no porque se hayan aumentado sustancialmente las penas del artículo 318 bis y deba aplicarse el principio de alternatividad, sino porque, este principio, que tiene carácter subsidiario (art. 8.4 del CP), deberá aplicarse porque no hay relación de especialidad con ningún otro precepto. La cuestión es clara respecto al tráfico sexual: se ha derogado el artículo 188.2 y aquél se ha configurado como un tipo agravado en el número 2 del artículo 318 bis. Pero ¿qué ha sucedido con el favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España?

El Legislador ha pretendido que el artículo 318 bis se aplique a las conductas de tráfico ilícito con independencia de que el sujeto pasivo sea trabajador o no. Así se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003 que señala que «el nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas –con independencia de que sean o no trabajadores– será castigado con prisión de cuatro a ocho años.» Para ello, no se ha limitado a un incremento de la penalidad del artículo 318 bis, sino que, extrayéndola del artículo 313.1, ha añadido al artículo 318 bis.1, la conducta relativa a la inmigración clandestina. Si ya era difícil, antes de la Reforma, considerar que la conducta inmigración clandestina a España no estaba comprendida en la de tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España, ahora lógicamente no será posible. ¿Se puede seguir argumentando que el artículo 313.1 es especial frente al 318 bis atendiendo a la condición de trabajador del sujeto pasivo? Es posible que aún pueda sostenerse esta interpretación y, por este motivo, ésta será una de las cuestiones más importantes sobre el tráfico de personas que deberá clarificar la Jurisprudencia. Pero adelantando mi opinión, creo que ya no se puede considerar que la relación entre el artículo 313.1 y 318 bis sea de especialidad.

En efecto, la introducción de los términos «inmigración clandestina» no sólo hace referencia a la conducta típica, sino también a la condición de trabajador del sujeto pasivo. Dada la amplitud de la descripción típica del artículo 318 bis anterior a la Reforma, carecería de sentido que se incluya la «inmigración clandestina», que ya estaba comprendida en el concepto más genérico de tráfico ilegal, sino fuera porque el término inmigración hace referencia a la condición del sujeto pasivo. Creo que, el Legislador introdujo la locución inmigración porque la consideraba inherente al concepto de trabajador, entendido en un sentido amplio, como persona que busca trabajar. Inmigrar según el Diccionario de la Lengua Española significa «llegar a un país para establecerse en él los naturales de otro» y el término paralelo emigrar significa «1. intr. Dejar o abandonar una persona, familia o pueblo su propio país con ánimo de establecerse en otro extranjero. 2. Ausentarse temporalmente del propio país para hacer en otro determinadas faenas.» Y emigrante «el que se traslada de su propio país a otro, generalmente con el fin de trabajar en él de manera estable o temporal» Y, como señala el Diccionario de Uso del Español de María Moliner, no se aplica al que emigra por causa políticas. Y ello es así, porque el que se establece en otro país por causas políticas se le llama exiliado o refugiado pero no inmigrante o emigrante. Este concepto de inmigración vinculado a establecerse en nuestro país para mejorar las condiciones de vida buscando trabajo está también en el lenguaje común. Nadie llama inmigrantes a los extranjeros procedentes del Norte de Europa que se asientan en nuestro país para disfrutar de su jubilación laboral⁽⁸⁶⁾. En definitiva, todo inmi-

⁽⁸⁶⁾ Como señalaba la Sentencia Audiencia Provincial Girona número 407/1998 (Sección 3.ª), de 15 octubre, ARP 1998/3671, «En el anterior CP se hablaba tan sólo de las “migraciones” (art. 499 bis.3.º del CP de 1973), entendiéndose por tal concepto los movimientos de personas entre distintas zonas de uno o más países que tienen por causa o finalidad la colocación o empleo por cuenta ajena».

grante tiene la intención de trabajar en un futuro, más o menos próximo, en el país en el que establece. Por estos motivos, entiendo, que el tipo del artículo 313,1 no es especial frente al 318 bis en atención a la condición de sujeto pasivo, porque éste, también en el artículo 318 bis cuando la conducta sea la relativa a la inmigración clandestina, ha de ser una persona que se desplaza de su país con el fin de buscar trabajo.

No existiendo especialidad alguna en el tipo del artículo 313,1, es por lo que se debe acudir al criterio de alternatividad y castigar siempre por el delito más grave, es decir el del artículo 318 bis (con la posibilidad de atenuación de su número 6, tiene señalada una pena de prisión de 2 a 8 años para su tipo básico, frente a la de prisión de 2 a 5 años del art. 313.1). Por este motivo el artículo 313.1 ha quedado totalmente vacío de contenido, se podría incluso decir que ha sido derogado tácitamente, o al menos, se ha convertido en inaplicable, considerando así el Legislador su objetivo de unificar todas las conductas relativas al tráfico de extranjeros en un solo precepto, precisamente el que constituye el contenido del Título de «los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros».

Seguir defendiendo, en virtud del principio de especialidad, la aplicabilidad del artículo 313.1, llevaría a privilegiar injustificadamente determinadas conductas y llegar a consecuencias punitivas absurdas (la pena mínima del que pilota una patera con 30 inmigrantes que manifiestan que quieren buscar trabajo sería de 2 años, mientras que, el que es sorprendido en un puesto fronterizo llevando en su coche sin ocultación y a cambio de precio a una persona que no exprese su finalidad en el traslado será castigado con una pena mínima de 6 años que con la posibilidad de atenuación del número 6 del art. 318 bis podría quedar en 3). El artículo 313.1 se convertiría en un subtipo atenuado del artículo 318 bis carente de cualquier justificación y en la práctica se plantearían problemas irresolubles. Por ejemplo, si los 30 inmigrantes de la patera dicen que vienen trabajar aplicamos el 313.1 pero si uno de ellos dice que viene con otro fin o simplemente no declara, (como no creo posible que exista un concurso de delitos cuyas consecuencias punitivas serían aún más absurdas, vid. nota 96) se le impone mayor pena aplicando el artículo 318 bis. Otro ejemplo de aplicación práctica frecuente que nos llevaría al absurdo, el piloto de la patera que traslada desde Marruecos a los inmigrantes sería castigado por el artículo 313,1, y a la persona que traslada al mismo extranjero que acaba de desembarcar por el interior del territorio nacional (tránsito ilegal) se le aplicaría pena superior sancionándole por el artículo 318 bis (vid. apartado específico sobre esta cuestión).

3.7.2 318 BIS. (TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS) Y LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DE LOS ARTÍCULOS 312.1, 312.2, 2.º Y 313.2

A diferencia del artículo 313.1 (inmigración clandestina) en la que toda conducta subsumible en el mismo lo es también en el artículo 318 bis, la conducta tipificada en el artículo 312.1 (tráfico ilegal de la mano de obra) es diferente a la del artículo 318 bis. En el supuesto de que el tráfico ilegal de mano de obra implique un desplazamiento ilegal a otro país podría plantearse la existencia de un concurso de normas que habría que resolver a favor del artículo 318 bis en virtud del principio de especialidad (el sujeto pasivo de este último ha de ser siempre un ciudadano extranjero) y alternatividad.

Más problemática es la relación entre el artículo 318 bis y el artículo 313.2 (favorecer la emigración usando engaño) puesto que, si la víctima de este último delito es un ciudadano extranjero y la emigración es ilegal (lo que sucederá siempre si el extranjero se encuentra en situación irregular en España) la conducta estaría incluida en el artículo 318 bis (tráfico ilegal

de personas desde... España). Se podría argumentar que el artículo 313.2 es especial frente al artículo 318 bis por los medios comisivos que exige el primero (simulando contrato o colocación o usando de otro engaño semejante) pero se llegaría a la absurda consecuencia de que si se utilizan aquellos medios se castigarían los hechos por el artículo 313.2, pero, si no se emplean aquellos se aplicaría el artículo 318 bis, que tiene pena muy superior, a lo que precisamente es una conducta menos grave. Por este motivo, entiendo que, el concurso de normas ha de resolverse a favor del artículo 318 bis en virtud del principio de especialidad, porque este último exige que el sujeto pasivo sea extranjero, a lo que se puede añadir razones de alternatividad. Si la víctima de la emigración es un español la conducta es menos grave (313.2) que si es un extranjero, pero ello es así, porque el legislador otorga mayor protección penal al extranjero que se encuentra en situación irregular por su mayor vulnerabilidad. (Si el extranjero se encuentra en España regularizado y la salida se produce conforme a la legislación de extranjería no sería aplicable el 318 bis sino sólo el 313.2 si concurren los medios comisivos de este precepto). Se ha de señalar que esta no es la interpretación de la Circular FGE 1/2002, que se inclinaba por la especialidad del artículo 313.2⁽⁸⁷⁾.

De concurrir con el delito de explotación laboral del artículo 312.2 inciso segundo (si posteriormente se empleara al extranjero en condiciones perjudiciales) nos encontraríamos ante un concurso de delitos. Determinar si es real o medial es una cuestión compleja, porque hay argumentos suficientes para defender una u otra postura. Creo que no se puede resolver la cuestión con carácter general sino que hay que atender a cada caso concreto. En la mayoría de los casos el concurso será real porque al empleador le será indiferente contratar a un inmigrante o a otro con tal que acepte realizar el trabajo en condiciones perjudiciales y en estos casos difícilmente se puede afirmar que el tráfico de la persona era un medio necesario, es decir ineludible, para la posterior explotación laboral. Pero es posible que, en otros supuestos, el sujeto activo quiera contratar a una persona determinada (por ejemplo, porque lo conozca con anterioridad o porque se trate de un trabajador que tenga unas cualidades determinadas como puede ser una alta especialización) y estimarse que la comisión del delito del artículo 318 bis es un medio necesario para la comisión del delito del artículo 312.2 inciso 2.º. Aún cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del concurso medial no es suficientemente uniforme, esta interpretación no es contraria a aquella.

3.7.3 318 BIS. (TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS) Y ANTERIOR ARTÍCULO 188.2 (TRÁFICO SEXUAL)

La relación entre el artículo 318 bis y el anterior artículo 188.2, que castigaba a quien directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, es de concurso de normas. Dado que el artículo 188.2 requería como elemento especializante el propósito de explotación sexual, el precepto se configura como tipo especial frente al artículo 318 bis, lo que resuelve en su favor el posible concurso de leyes. Así lo entendía la Circular FGE 1/2002. El artículo 188.2 ha sido derogado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, pero debe ser aplicado a los hechos cometidos durante su vigencia (desde el 21 de

⁽⁸⁷⁾ La Circular FGE 1/2002 exponía «De esta regla cabe exceptuar la emigración de trabajadores en las especiales condiciones que recoge la conducta del artículo 313.2 –favorecimiento de emigración empleando engaño– que reclamaría la aplicación de este tipo penal frente al artículo 318 bis.»

mayo de 1999 hasta el 30 de septiembre de 2003) dado que, la nueva tipificación del tráfico de personas con el fin de su explotación sexual en el artículo 318 bis 2 tiene señalada pena muy superior.

Ahora bien, el artículo 188.2 exigía unas modalidades comisivas determinadas (empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima) y si en un supuesto de hecho no concurren y el traslado ha sido ilegal, es decir, contrario a la legislación de extranjería (lo que en la práctica sucede en casi todos los casos) debe ser aplicado el artículo 318 bis (o incluso el delito de inmigración clandestina del artículo 313.1, puesto que, como veremos al estudiar el tráfico sexual, sobre esta cuestión existen diferentes pronunciamientos jurisprudenciales).

3.7.4 318 BIS. (TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS) Y OTROS DELITOS

Frecuentemente el artículo 318 bis concurre con otros delitos pero no se plantean especiales dificultades porque, se tratarán de concursos de delitos en la mayoría de los casos real y, en algunos, ideal. El artículo 318 bis puede concurrir en concurso real con el delito de homicidio imprudente⁽⁸⁸⁾ (por ejemplo Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 2/2004 Sección 2.ª, de 9 enero, JUR 2004/68826) o también en concurso real con un delito de secuestro (cuando posteriormente se priva de libertad al inmigrante en tanto no se pague una supuesta deuda, por ejemplo Sentencia Audiencia Provincial Almería número 243/2002 Sección 3.ª, de 10 diciembre, ARP 2002/825)⁽⁸⁹⁾ en concurso real con el delito de prostitución coactiva del artículo 188.1 (Auto Tribunal Supremo número 2023/2003, de 18 diciembre, JUR 2004/22056)⁽⁹⁰⁾ concurso real con delito de cohecho (Sentencia Audiencia Provincial Málaga número 11/2002 Sección 7.ª Melilla, de 12 febrero, ARP 2002/339) concurso real con extorsión (al emplear medios violentos para cobrar la supuesta deuda Sentencia Audiencia Provincial Almería número 121/2002 Sección 2.ª, de 16 mayo, JUR 2002/174715) en concurso medial con el delito de falsificación (Sentencia Tribunal Supremo número 1116 2003, de 25 julio, RJ 2003/6960).

También puede presentarse en concurso real con el delito de tráfico de drogas (cuando además de inmigrantes se transporta droga, frecuentemente hachís, Sentencia Tribunal Supremo número 670/2000, de 17 abril, RJ 2000/5187 respecto al 313.1 pero aplicable al 318 bis) o en concurso medial con el delito de estafa (por ejemplo engañando a los inmigrantes, asegurándoles que, a cambio del dinero que se les demandaba, obtendrían trabajo en España y la pertinente documentación para legalizar su situación en la sentencia Audiencia Provincial Valencia número 255/2002 Sección 5.ª, de 6 noviembre, ARP 2003/218, respecto al artículo 313 pero también aplicable al artículo 318 bis).

(Continuará)

⁽⁸⁸⁾ Sobre esta cuestión puede consultarse al apartado relativo al subtipo agravado por la puesta en peligro de la vida, salud e integridad de las personas

⁽⁸⁹⁾ En este sentido también Sentencia Audiencia Provincial Almería número 210/2002 Sección 2.ª, de 7 octubre, JUR 2003/17541, Sentencia Audiencia Provincial Almería número 228/2001 (Sección 2.ª), de 22 junio, JUR 2001/249314, y Sentencia Audiencia Provincial Almería número 8/2002 (Sección 1.ª), de 1 marzo, JUR 2002/118328

⁽⁹⁰⁾ También las sentencias Audiencia Provincial Almería número 385/2001 (Sección 2.ª), de 22 diciembre, JUR 2002/68991, y Audiencia Provincial Málaga número 81/2002 (Sección 3.ª), de 27 mayo, JUR 2002/250859.