



Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros ...

Fernando Navarro Cardoso

*Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Las Palmas de Gran
Canaria*

SUMARIO. 1. Planteamiento. 2. Derecho sancionador, bien jurídico y bien jurídico-penal. 2.1. Cuestiones previas. 2.2. Delimitación de los ámbitos de intervención. 2.3. Derechos de los ciudadanos extranjeros conformadores del bien jurídico-penal protegido. 3. Concursos. 3.1. Observación previa. 3.2. Con el delito de inmigración clandestina de trabajadores del art. 313.1 del CP. 3.3. Con el delito de tráfico de personas con el fin de su explotación sexual del art. 188.2 del CP. 3.4. Con el delito de asociaciones ilícitas que promuevan el tráfico ilegal de personas del art. 515.6 del CP. 3.5. Con el delito de coacciones para impedir el ejercicio de derechos fundamentales del art. 172.2 del CP. 4. Observaciones finales sobre el art. 318 bis del CP. El concurso entre infracciones administrativas y penales

1. Planteamiento

El objeto principal del presente trabajo es el análisis de los posibles problemas concursales que plantea el art. 318 bis en relación con las infracciones penales contenidas en los arts. 313.1 (inmigración clandestina de trabajadores), 188.2 (tráfico de personas con el fin de su explotación sexual), 515.6 (asociaciones ilícitas que promuevan el tráfico ilegal de personas) y 172.2 (coacciones para impedir el ejercicio de derechos fundamentales), todos del Código Penal. En el último epígrafe se aborda el concurso con las infracciones administrativas contenidas en los artículos 52 a 54 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

Ello requiere que, con carácter previo, se delimite el bien jurídico-penal protegido por el tipo contenido en la norma penal. En efecto. No es posible hablar de problemas (de ahí que se haya adjetivado esta misma palabra en el párrafo anterior) en sede concursal sin previamente delimitar uno de los elementos básicos que incide no ya en la solución, que también, sino en el propio planteamiento de la cues-

tión. El siguiente paso debe ser, pues, su identificación. Bien es cierto que esta tarea está mediatizada por la intervención en este ámbito del Derecho Administrativo sancionador junto al Derecho Penal; es decir, que participan las dos principales manifestaciones del Derecho Sancionador.

2. Derecho sancionador, bien jurídico y bien jurídico-penal

2.1. Cuestiones previas

En primer lugar, el plano epistemológico en el que se sitúa este trabajo es en el estrictamente dogmático. Por lo tanto, cuando hablo de bien jurídico-penal, el objeto es "lo que se está protegiendo" en el tipo penal contenido en el art. 318 bis del CP. No desarrollo, pues, una tesis sobre "lo que debiera ser protegido" por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (de acuerdo con la rúbrica del Título en el que se encuentra incardinado el ya citado artículo). Dicho de otro modo, no se trata de un discurso político-criminal. No ignoro, bien es cierto, el papel de elemento transversal que representa la Política Criminal

en relación con la Dogmática¹; hasta el punto que, para el dogmático, el Derecho positivo sólo debe ser una "hipótesis de trabajo"², pues esta consideración es la que le permite mantener una visión crítica necesariamente consustancial a su trabajo —no meramente utilitarista, ajustada a la observación del rendimiento de la norma—.

En segundo lugar, para conocer lo que un tipo penal está protegiendo, debe huirse del error que supone pretender identificarlo a partir del estudio del tipo de injusto para, con posterioridad, una vez determinado, volver sobre éste a fin de realizar su exégesis de acuerdo con ese objeto identificado. Se trata una falacia lógica, pues, en última instancia, no deja de ser un argumento circular, una petición de principio³.

En último lugar, un análisis con vocación de precisión no puede soslayar el estudio de aquellas otras ramas del Ordenamiento Jurídico que puedan estar interviniendo en el ámbito de los intereses penalmente protegidos. En el presente caso, es el Derecho Administrativo sancionador quien opera, junto con el Derecho Penal, en este terreno de la inmigración. De lo contrario, el solapamiento entre ambos supone una quiebra de varios principios ordenadores de la potestad sancionadora, generando un insoportable déficit de legitimación.

De lo anterior se infiere que lo que se entienda como objeto específico de tutela debe estar preconfigurado de acuerdo con una noción ordenada de la intervención del Derecho Sancionador en general (afirmación que encierra, sin duda alguna, una concepción unitaria de éste, con las consecuencias que ello conlleva; en lo que ahora interesa, la necesidad de armonizar la intervención de ambos órdenes normativos)⁴. Así es. *La coexistencia de un catálogo de infracciones administrativas, por un lado, y de infracciones penales, por otro, obliga a delimitar el ámbito de intervención de unas y otras.*

Ello hace que el debate acerca de la delimitación del bien jurídico cobre, más aún si cabe, un papel de primer orden; sin desconocer la trascen-

dencia que poseen la conformación material de los principios ordenadores de la potestad de sancionar, la configuración dogmática del tipo de injusto y la fijación de los fines de la pena. Todo ello en el marco de un tema más amplio de suma relevancia, cual es la Política legislativa (esto es, los criterios formales y, sobre todo, materiales, que deben orientar las decisiones legislativas de intervención penal), no tratado aún de manera agotadora⁵.

2.2. Delimitación de los ámbitos de intervención

1. La identificación del fundamento del tipo de injusto del delito tipificado en el art. 318 bis del Código Penal puede —y debe, a mi entender— llevarse a efecto desde el análisis de lo que se protege por el Derecho Administrativo sancionador y lo que se tutela por el Derecho Penal, tal como he advertido. Sin duda alguna, existen otras vías para llegar a esa identificación. Esta elección, más allá de consideraciones de carácter general (ligadas a la concepción unitaria del Derecho Sancionador), no es, sin embargo, caprichosa, pues responde a una razón bien sencilla: los términos del debate acerca del bien jurídico-penal protegido giran en torno a dos posturas, las cuales toman como punto de partida dos ópticas bien diferenciadas de acercamiento a la cuestión de la inmigración, o bien la política de inmigración es una cuestión interna de cada Estado, a definir de acuerdo con la cooperación internacional; o bien es una cuestión internacional atinente a los tratados internacionales en materia de derechos humanos⁶. Dicho en otros términos, una pone el acento en "el interés de los estados", los cuales pueden establecer líneas de actuación conjunta (siendo máxima expresión de ello los Acuerdos de Schengen); la otra, en "los derechos de los ciudadanos extranjeros".

A partir de esas dos distintas perspectivas, la intervención penal puede enfocarse desde dos visiones igualmente diferenciadas, dependiendo de si se entiende el hecho migratorio como un trastor-

1. ROXIN C.: *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. e introducción por F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, *passim*.

2. LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de la 4.ª edic. alemana por M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994, p. 182.

3. Vid. KLUG, U.: *Lógica jurídica*, trad. por J.C. Gardella, Temis, Bogotá, 1990, pp. 220 a 222.

4. NAVARRO CARDOSO, F.: *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*, Colex, Madrid, 2001, pp. 23 a 27.

5. Constata, de igual modo, esta carencia DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: "El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena", en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 130.

6. SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J.R.: "Los delitos contra los derechos de 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 Continua n.º 5, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 361 y 362 (respecto de las consecuencias penales).

no para el interés estatal en el control de los flujos, o de si el tráfico de personas es un atentado a los intereses de dichos individuos. Por lo tanto, si se sitúa en el centro del debate lo relativo al orden público, la inmigración se aborda como un "problema", donde el inmigrante es el generador del mismo. Por el contrario, *si el epicentro se ubica en los derechos de los inmigrantes, la inmigración en relación con el orden público ya no es tanto un problema como un "fenómeno", donde aquéllos son las víctimas.*

Aun cuando desborda el ámbito jurídico, en orden a visualizar la inmigración como problema o como fenómeno, otra cuestión a resolver, nada desdeñable, sería la relativa al parón demográfico y al envejecimiento de la población. En este sentido, son cada vez más insistentes las voces que advierten acerca de la incidencia en las sociedades europeas del descenso en la tasa de fertilidad, del desequilibrio entre el índice de natalidad y la tasa de reemplazamiento poblacional (encontrándose el primero por debajo de la segunda), así como del aumento de la esperanza de vida. Si se mantienen las tendencias actuales, en estas sociedades va a hacer insostenible el Estado del bienestar. Sólo dos datos al respecto: según estima la OCDE, a mediados del siglo XXI, el producto nacional bruto per cápita de la Unión Europea será un 18 por ciento inferior al que resultaría de extrapolar las tendencias actuales de productividad si se mantuviera constante la tasa de dependencia, esto es, la proporción entre los mayores de 65 años y la población en edad de trabajar; y según las proyecciones del Bureau of Census norteamericano, en Europa el volumen de inmigración requerido a fin de evitar la caída de la población se sitúa en casi el doble del registrado en la actualidad (en concreto, Europa necesitará, frente al millón actual, un flujo anual de inmigrantes no inferior a 1,8 millones. Y si se pretende evitar un deterioro de la citada tasa de dependencia, Europa debería casi cuadruplicar el flujo de inmigración actual hasta una cifra de, al menos, 3,6 millones de personas al año)⁷. Por ello, se antoja como evidente que la inmigración es uno de los grandes retos de Europa en el siglo XXI.

Ciertamente, las actuales líneas políticas en relación con este tema requieren una detenida reflexión, a fin de lograr una adecuada respuesta a la aparente contradicción que supone la apuesta decidida por la liberalización de todos los factores que inciden en el desarrollo económico (favore-

ciendo su movilidad sin trabas de ningún tipo), a excepción del factor humano, diseñándose políticas de orden público que, al menos en apariencia, evitan su movilidad geográfica. En definitiva, *parece que la idea de "aldea global" sólo comprende a la libre circulación de mercancías y capitales, con exclusión de la mano de obra.*

Resumiendo el estado actual de la discusión en torno al bien jurídico-penal protegido por los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, se identifican dos grandes tesis: una, defendiendo que el objeto jurídico tutelado es un interés estatal (el control de los flujos migratorios) y otra, postulando que es un interés colectivo (los derechos de los ciudadanos extranjeros no tutelados por otros tipos penales). Como es obvio, también se defienden posturas eclécticas.

2. La política migratoria (como cualquier otra política, caso de la ambiental, por poner otro ejemplo) precisa un hacer. Se construye y desarrolla a través de un conjunto de instrumentos de actuación positiva de naturaleza bien diversa, no sólo desde una dimensión geográfica (internacional, comunitaria, nacional e, incluso, autonómica y local⁸), sino también atendiendo a los distintos campos de actuación (económico, social, cultural, etc.). Así lo reconoce de un modo explícito la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, cuando sostiene que "esta normativa forma parte de un planteamiento global y coordinado en el tratamiento del fenómeno migratorio en España, que contempla desde una visión amplia todos los aspectos vinculados al mismo, y, por ello, no sólo desde una única perspectiva, como pueda ser la del control de flujos, la de la integración de residentes extranjeros, o la del desarrollo de los países de origen, sino todas ellas conjuntamente". Es más, hay plena coincidencia en destacar, como primera medida necesaria frente a este fenómeno, precisamente, la adopción de programas de ayuda al desarrollo, con inversiones en los países de origen, a fin de *evitar la emigración como imperiosa necesidad y transformarla en alternativa libre*. Cosa bien distinta es que, subyaciendo al fenómeno migratorio problemas en los países de origen, los cuales actúan —o interactúan— como elementos generadores de la necesidad de emigrar, se pueda llegar a pensar que una ley de extranjería y nacional sea el vehículo adecuado. De hecho, hasta el Consejo General del Poder Judicial se ha pronunciado en este sentido: por un lado, "El control de entrada, la concesión de visados, la predeterminación de los

7. CÍRCULO DE EMPRESARIOS: *El fenómeno de la inmigración: aportación a un debate*, 2001 (en <http://www.circulodeempresarios.org>). Vid., igualmente, OCDE: *Trends in International Migration*, 2001.

8. Baste citar aquí los programas de integración social desarrollados desde las corporaciones locales.

puntos de entrada, los permisos de residencia y sus variantes, las autorizaciones, etc. son técnicas propias del derecho público y *configuran gran parte de los contenidos propios de una legislación como la de extranjería*⁹. Por otro lado, "es verdad que desde el punto de vista interno de los Estados, las normas que se dicten sólo podrán atender, básicamente, a regular dos elementos de todo el complejo, ya que es imposible que un solo Estado pueda atender y resolver el problema desde la perspectiva global¹⁰ que se pretende de lo antes indicado.

Los dos elementos básicos de regulación del fenómeno referido son el reconocimiento al extranjero de una suerte de derechos, como primer elemento, y el control de la entrada de los extranjeros (la pura y real extranjería) y la integración social del inmigrante, como segundo elemento¹¹.

La actuación política puede ir acompañada de un régimen de infracciones y sanciones respecto de aquellas conductas atentatorias de los intereses que subyacen en esa política. Así viene siendo habitual cuando interviene la Administración a través de las sanciones administrativas¹². Pero no se desarrollan políticas sólo reprimiendo, aun cuando esa represión se articule desde la prevención.

3. Quien sirve al desarrollo de las políticas estatales es la Administración. La Constitución, en cuanto primera norma que traza las líneas de actuación política y diseña la estructura organizativa del Estado, no le asigna ningún papel en este punto al Derecho Penal. Y si le compete a la Administración, *el instrumento del que dota el Texto Constitucional a los Poderes Públicos en el orden sancionador para la satisfacción de los intereses generales que están llamados a servir (artículo 103.1 de la Constitución) son las infracciones y sus correspondientes sanciones, no los delitos y las penas*. La propia Constitución se encarga de cerrar el paso a cualquier otra posible interpretación al declarar, de modo expreso, que la Administración no puede imponer sanciones privativas de libertad (artículo 25.1).

Mientras el Derecho Administrativo (y su correspondiente régimen sancionador) tiene como una de sus misiones principales, en lo que ahora interesa,

ordenar sectores para satisfacción de los intereses generales (en donde las técnicas de policía y de control son muy propias de la esfera del derecho público), el Derecho Penal no participa de esa finalidad. Su papel queda reducido a la formulación de juicios de reproche sobre determinadas conductas. Del mismo modo que el Derecho Penal no pretende ordenar el sector eléctrico cuando tipifica las defraudaciones de fluido eléctrico, ni el del tráfico rodado al introducir los delitos contra la seguridad del tráfico, tampoco puede sostenerse que el Derecho Penal esté ordenando la política migratoria con los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Además, si la intervención del Derecho Penal se justificase en atención al control de los flujos migratorios, la conducta típica debiera consistir en el quebrantamiento de las normas reguladoras de la entrada y permanencia en territorio nacional, erigiéndose, así, una concepción formal del bien jurídico-penal, alejado de su necesario contenido material. Por lo tanto, el delito no dejaría de ser una infracción administrativa¹³, y *se invertiría el papel que le corresponde al Derecho Penal, al transformarse en instrumento flanqueante de la normativa administrativa, cuando debe ser al revés*.

El control de los flujos migratorios no puede ser, en definitiva, el bien jurídico-penal protegido. De este modo, lo que en concreto esté protegiendo el Derecho Penal no puede coincidir con lo que en concreto esté protegiendo el Derecho Administrativo sancionador, y éste, sin duda alguna, regula, de entrada, dicho control. Obsérvese que esta afirmación no encierra una petición de principio, pues nadie discute este objeto de tutela del Derecho Administrativo sancionador. Es más, no debería discutirse la necesidad del control, aunque sólo sea para no deteriorar las posibilidades de cohesión social, entre cuyos factores se encuentra la integración social de los inmigrantes. En efecto. Una adecuada política migratoria debe tener entre sus fines lograr la interacción entre los nacionales y los no nacionales, sobre todo cuando de países europeos se habla, por la necesidad de incorporar a los segundos a sus mercados de trabajo¹⁴.

9. La cursiva no está en el original.

10. La cursiva no está en el original.

11. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, 2000* (en http://www.extranjeria.info/revista/005/Op_Contraref_CGPJ.PDF).

12. Vid., sobre la evolución histórica del régimen jurídico del hoy llamado Derecho Administrativo sancionador, NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, 2.ª edic., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 49 y ss.

13. RODRÍGUEZ MESA, M.J.: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 56.

14. SEQUEROS SAZATORNIL, F.: "El marco penal de la inmigración", *Actualidad Penal*, n.º 39, 2000, p. 844, se refiere sólo al deterioro de las posibilidades de cohesión social de los regularmente establecidos (en contraposición, como es obvio, a los no establecidos de modo regular), sin hacer referencia expresa a los propios nacionales.

4. *El bien jurídico-penal protegido son los derechos de los ciudadanos extranjeros*¹⁵. A esta conclusión llego con base en los siguientes argumentos: En primer lugar, de acuerdo con el estado actual de la discusión doctrinal sobre el art. 318 bis, el debate sobre el bien jurídico-penal protegido por esta norma gira, con más o menos matices, en torno a dos posturas bien definidas. O se está tutelando un interés estatal, o se está protegiendo un interés colectivo: o es, en última instancia, el control de los flujos migratorios, o son los derechos de los ciudadanos extranjeros que intervienen en esos flujos. Y el primero no puede ser, pues, vuelvo a insistir, al Derecho Penal no le compete función ordenadora alguna de políticas estatales. Y si actuase guiado por esa finalidad, no estaría generando más que delitos formales (caracterizados, en este caso, por elevar a la categoría de delito el quebrantamiento de normas administrativas)¹⁶.

En segundo lugar, dado el régimen infraccional previsto en la reformada Ley Orgánica 4/2000, justificar el que se haya acudido a un delito de peligro abstracto (como el previsto en el tipo básico del artículo 318 bis, extremo que nadie discute) no puede hacerse si se entiende que el bien jurídico protegido es el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, pues dicho interés, en apariencia, parece que resulta cuanto menos puesto en concreto peligro con la entrada de inmigrantes al margen de los cauces establecidos (acordados éstos, precisamente, en aras de dicho control). Es más, si un elemento clave que explica la actual política migratoria es el estricto control de los flujos migratorios (producto genuino del acervo Schengen), bien pudiera entenderse que el tráfico ilegal de inmigrantes produce un efectivo menoscabo de dicha política. La solución pasa, pues, por entender, de acuerdo con lo más arriba sostenido, que el objeto jurídico de tutela penal son los derechos de los ciudadanos extranjeros, puestos en peligro por el acto de tráfico. En definitiva, *no es misión del Derecho Penal la ordenación de sectores, ni debe convertirse en "brazo armado" de la legislación de extranjería*.

En tercer lugar, la rúbrica del Título XV bis en el que se inserta el art. 318 bis desempeña un papel indiciario no desdeñable: "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros". Del rendimiento de las intitulaciones en orden a la con-

creción del bien jurídico-penal protegido nada nuevo hay que decir que por todos no se sepa. Por lo tanto, baste con apuntar ésa, al menos, función de identificación de indicios.

En cuarto lugar, como ya se sostuvo en otro lugar¹⁷, sólo deben tener la consideración de bienes jurídico-penales aquellos que atañen al contenido esencial de un derecho fundamental, no participando de esta naturaleza el control de los flujos migratorios, y sí los derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros. Es más, el artículo 10 de la Constitución consagra la dignidad de la persona, y el resto de los derechos que le son inherentes, como fundamento del orden político; derechos que deben ser interpretados a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y cuantos tratados haya suscrito España en la materia. En definitiva, *la dignidad de la persona se conforma como máxima expresión de un sistema de derechos fundamentales dotado de unidad de sentido*. Y no por obvio debe dejar de apuntarse que es ella (la dignidad humana) y no las razones de Estado, o las económicas, o la seguridad interior, el elemento de referencia escogido por el constituyente para abrir la proclamación del orden axiológico constitucional contenido en el Título I de la más Alta Norma.

Es a partir de ese objeto de tutela cuando debe dotarse al tipo penal de un contenido de injusto material mínimo para justificar el merecimiento de intervención jurídico-penal (ulterior cuestión que depende, en concreto, no del bien jurídico-penal protegido, sino de la configuración del tipo de injusto).

5. El Derecho Administrativo puede tutelar también, junto a determinados intereses estatales, el ejercicio de derechos fundamentales (como así ocurre en muchos ámbitos), de suerte que tanto aquél como el Derecho Penal coincidirían en un ámbito de intervención. Puede entenderse que esto ocurre en el presente caso, pues la Ley Orgánica 4/2000, redactada conforme a la Ley Orgánica 8/2000, dedica su Título I a los derechos y libertades de los extranjeros en España.

En ese caso, de acuerdo con la jerarquización propia de las distintas manifestaciones del Derecho Sancionador, debe quedar reservado para el Derecho Penal el juicio de desvalor sobre las conductas más graves e intolerables. Es decir, aquellas que se delimitan conforme al criterio de la gravedad de las conductas, entendido como ulte-

15. Los derechos en concretos protegidos se especifican más adelante, pues se requiere un análisis particularizado.

16. Sobre el recurso al Derecho Penal simbólico, vid., últimamente, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: "El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena", cit., en lo que ahora interesa, pp. 124 a 128.

17. NAVARRO CARDOSO, F.: *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*, cit., pp. 92 y ss.

rior nivel de exigencia en que se concreta el superior criterio de merecimiento de intervención jurídico-penal¹⁸. Siendo así, las conductas punibles por ambas manifestaciones del Derecho Sancionador guardarán una cierta similitud, pero tiene que existir una nota esencial diferenciadora entre ambas, en tanto las calificadas como delito deben contener mayor cantidad de injusto material por ser más peligrosas respecto de la indemnidad del bien jurídico protegido. Esto, indefectiblemente, conduce a centrar la atención en la conformación del tipo de injusto.

De acuerdo con lo apuntado, por un lado, al reducirse el ámbito de aplicación del Derecho Penal, las infracciones administrativas cobran virtualidad para flanquear el contenido esencial de uno o varios derechos fundamentales, al ser el campo de actuación del Derecho Administrativo sancionador más amplio; y así queda corroborado en el presente caso en tanto no se limita sólo a tutelar derechos de los extranjeros frente a determinados ataques, sino también a ordenar la política de extranjería (control de entrada, concesión de visados, predeterminación de los puntos de entrada, permisos de residencia y sus variantes, autorizaciones, etc.). Todo ello en coherencia con el modesto papel atribuible a un Derecho Penal propio de un Estado social y democrático de Derecho, cimentado sobre el respeto a los derechos humanos.

Por otro lado, el que la determinación última de las parcelas de intervención de uno y otro orden sancionador quede sometida al criterio del merecimiento recibe, a mi entender, un juicio positivo. El otro criterio, el de la necesidad, valora la insuficiencia de la protección brindada por el Derecho Administrativo sancionador (por el régimen de infracciones y sanciones contenido en el Título III de la reformada Ley Orgánica 4/2000, en definitiva). Se trata, pues, de un juicio basado en criterios de eficiencia. Y el Derecho Penal no sólo debe aspirar a realizar un juicio eficiente, utilitario, sino que no debe renunciar tampoco a emitir un juicio crítico, ajustado a valoraciones, aportado desde el merecimiento de protección jurídico-penal. Ambos son suficientes, pero ambos son necesarios.

Lo que merezca protección penal se determina, de entrada, por la importancia o significación atribuida

al interés, no representando obstáculo alguno este criterio, pues lo tutelado en el art. 318 bis son derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros.

El otro criterio, el de la gravedad, no atañe al bien jurídico-penal, sino a la gravedad de la forma de ataque. Se configura, tal como se ha destacado, a través de los elementos conformadores del tipo de injusto, como ya he apuntado¹⁹.

En definitiva, *mientras el Derecho Administrativo sancionador tutela el interés estatal en el control de los flujos, así como los derechos fundamentales de los inmigrantes frente a ataques no graves, el Derecho Penal reserva su intervención para hacer frente a las conductas más graves atentatorias de esos derechos fundamentales.*

2.3. Derechos de los ciudadanos extranjeros conformadores del bien jurídico-penal protegido

1. Queda por definir qué derechos de los ciudadanos extranjeros se están tutelando con el tipo penal contenido en el art. 318 bis del CP.

En tanto ciudadanos extranjeros, debe tomarse como punto de partida el art. 13 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional atinente a esta materia²⁰. Conforme a dicho precepto, "1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley. 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. 3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo. 4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España".

La posición del Tribunal Constitucional en torno a la interpretación del citado artículo 13 puede entenderse invariable, a grandes rasgos, desde la sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, hasta la más reciente Sentencia 95/2000, de 10 de abril. De

18. Vid. la nota siguiente.

19. Vid., sobre los criterios ordenadores de la intervención del Derecho Administrativo sancionador y del Derecho Penal, NAVARRO CARDOSO, F.: *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*, cit., pp. 89 y ss.

20. Como ya sistematizara CRUZ VILLALÓN, P.: "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 35, 1992, pp. 63 a 67 (incluido en su recopilación de artículos *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 193 a 197), las fuentes conformadoras del estatuto de los derechos de los extranjeros son la Constitución (destacando los artículos 13 y 10); los tratados internacionales relativos a los derechos humanos; la legislación de desarrollo (la referencia sería hoy a la reformada Ley Orgánica 4/2000); y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

conformidad con la primera de las citadas (fundamentos jurídicos 3.º y 4.º), en primer lugar, aun cuando el art. 13.1 se refiere en exclusiva a las libertades públicas del Título I, sin mención expresa a los derechos fundamentales, no debe entenderse en un sentido restrictivo —esto es, con exclusión de los segundos—.

En segundo lugar, es cierto que el tenor literal del precepto señalado supedita el ejercicio de los derechos y libertades a lo que dispongan los tratados internacionales suscritos por España y las leyes internas españolas, en una suerte de dependencia de la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades de la libre voluntad del tratado o de la ley. Pero advierte a renglón seguido lo siguiente: “No supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades ‘que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley’ de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados —dentro de su específica regulación— de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal”.

En tercer y último lugar, “El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos, y más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”.

Esas tesis las ha venido ha corroborar el Alto Tribunal en su Sentencia 95/2000 (fundamento jurídico 3.º): “No es intrascendente recordar a estos efectos que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido definiendo el alcance de la proyección del principio de igualdad y no discriminación so-

bre los derechos y libertades de los extranjeros, a los que se refiere el art. 13.1 de la CE, al establecer que gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I, si bien en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Desde nuestra sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre (RTC 1984\107), hemos mantenido que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal. Y así, como declaramos en dicha Sentencia y hemos reiterado en las sentencias del Tribunal Constitucional 99/1985, de 30 de septiembre (RTC 1985\99), y 130/1995, de 11 de septiembre (RTC 1995\130), los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 de la CE); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 de la CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales”.

2. Conforme a esta jurisprudencia consolidada, hay plena coincidencia a la hora de distinguir tres grandes grupos de derechos: a) Los derechos que conforman un estándar mínimo²¹, dispersos a lo largo del Título I de la Constitución y agrupados en razón de una interpretación sistemática de su contenido. Corresponden por igual a españoles y extranjeros sin limitación alguna respecto de estos últimos. Y son todos aquellos que permiten la plena realización de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de la CE, es fundamento del orden político. Es el caso de la vida, la salud, etc.

b) Los derechos vinculados a la nacionalidad. Su titularidad sólo la ostentan los españoles, en una suerte de exclusión de los extranjeros. No cabe duda que en este grupo se encuentran los derechos de sufragio activo y pasivo reconocidos en el art. 23 según dispone el art. 13.2, ambos de la Constitución; a excepción de la participación de

21. No se me oculta que esta expresión, posiblemente, no debiera ser empleada toda vez que tiene un claro contenido consagrado en los tratados internacionales sobre la materia, cuando dicho estándar mínimo es superado por la Constitución española de 1978; es decir, ésta otorga a los extranjeros más derechos que los integrantes de ese estándar.

los ciudadanos comunitarios en las elecciones municipales, de acuerdo con el art. 19 de la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. La discusión se centra en si hay que incluir los otros derechos políticos o no, es decir, los derechos de reunión, manifestación, asociación y sindicación²²; sobre todo porque, como se expone más adelante, la actual Ley de extranjería limita el ejercicio de los mismos, al tiempo que se cuestiona la constitucionalidad de dicha restricción.

Y c), los derechos cuya titularidad ostentan los españoles y que pueden ostentar los extranjeros, siempre que exista una previsión legislativa en ese sentido, la cual debe respetar, en ese caso, las prescripciones constitucionales.

En relación con las limitaciones que por tratado o ley pueden imponerse al ejercicio de los derechos fundamentales de este tercer grupo (es decir, interpretando la expresión contenida en el art. 13.1, "en los términos que establezcan los tratados y la ley"), parece conveniente destacar dos aspectos deducibles del contenido del art. 53.1 de la CE (pues se trata precisamente de eso, de que la configuración legal se condiga con las prescripciones contenidas en la Constitución en relación con el sistema de derechos fundamentales): En primer lugar, en ningún momento se interpreta que los extranjeros gozarán en España de los derechos fundamentales que les reconozcan los tratados y las leyes, sino que disfrutaran de todos los contenidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos por dichos tratados y leyes. Por lo tanto, la actividad legislativa está constreñida a regular el ejercicio de los derechos, no la titularidad de los mismos ("Sólo por ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos [los derechos fundamentales]", dice el citado artículo 53.1). Sobre esto, como pudo antes comprobarse, ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, la regulación del ejercicio de respetar, en todo caso, el contenido esencial de los derechos fundamentales (la regulación legal del ejercicio de tales derechos "... en todo caso deberá respetar su contenido esencial...", reza de igual modo el art. 53.1). Planteado en otros términos, puede supeditarse su ejercicio a lo establecido en una ley, pero no al punto de hacerlo impracticable al afectarse a su contenido esencial. De hecho, en este mismo sentido ha tenido tam-

bién oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional en relación con la regulación, por la derogada Ley Orgánica 7/1985, del ejercicio del derecho de reunión y manifestación. El art. 7 de la citada norma disponía lo siguiente: "Los extranjeros podrán ejercitar el derecho de reunión, de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, siempre que se hallen legalmente en territorio español. Para poder promover la celebración de reuniones públicas en local cerrado o en lugar de tránsito público, así como manifestaciones, los extranjeros deberán tener la condición legal de residentes y solicitar del órgano competente su autorización, el cual podrá prohibirlas si resultaran lesivas para la seguridad nacional o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los españoles". Por su parte, la sentencia 115/1987, de 7 de julio, declaró inconstitucional la supeditación del ejercicio del derecho de reunión. La razón es que la Constitución (artículo 21) optó por un sistema de reconocimiento pleno de este derecho, sin necesidad de previa autorización administrativa; lo cual hay que unirlo al dato de que dicho precepto no hace referencia alguna a la nacionalidad.

Debe resaltarse, pues, de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000 (entre otros motivos, porque ahora sí se plantean dudas sobre su adecuación constitucional), la vuelta al sistema de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España en relación con la exigencia previa de la obtención de la autorización de estancia o residencia en España para el ejercicio de derechos integrantes del tercer grupo, caso del derecho de reunión. Se abandona, de este modo, la línea de casi plena equiparación de la Ley Orgánica 4/2000, la cual no hacía distinción entre extranjeros que se encontraban en situación legal y los que no.

Tampoco debe pasar inadvertida la reforma del art. 3 de la Ley Orgánica 4/2000, pues, en definitiva, la igualdad en la titularidad y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en el Título I de la Constitución entre españoles y extranjeros, ha pasado de ser un principio básico (art. 3.1 de la Ley Orgánica 4/2000 en su versión originaria) a ser un mero criterio interpretativo general (art. 3.1 de la Ley Orgánica 4/2000 en su nueva versión). Es a todas luces evidente que la reforma operada ha reducido el nivel de equiparación entre nacionales y extranjeros en orden a la titularidad y ejercicio de los derechos de los extranjeros, desde un valor absolu-

22. Sobre este grupo de derechos, *vid., in extenso*, MASSÓ GARROTE, M.F.: *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional*, Colex, Madrid, 1997; RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J.R.: *Los derechos políticos de los extranjeros*, Civitas, Madrid, 1997.

to hasta un valor relativizado por los tratados internacionales, la propia Ley Orgánica, así como por la normativa que desarrolle cada uno de los derechos. Para el Consejo General del Poder Judicial, la fórmula del art. 3.1 es respetuosa con el art. 13.1 de la Constitución y con la jurisprudencia constitucional en esta materia. No obstante, es probable que la redacción del nuevo art. 3 se hiciera pensando más en acentuar la diferencia entre extranjeros en situación legal y extranjeros en situación ilegal, que en la relación nacionales-no nacionales.

3. De los tres grupos antes mencionados, en orden a concretar cuáles son los derechos fundamentales objeto de tutela por el Derecho Penal vía art. 318 bis, de entrada, deben excluirse del ámbito de aplicación del art. 318 bis los derechos fundamentales vinculados al desarrollo de la dignidad de la persona, caso de la vida o de la salud (es decir, los derechos integrantes del primer grupo), en tanto todos estos intereses ya están elevados a la categoría de bienes jurídico-penales, recibiendo tutela penal específica (homicidio, lesiones, etc.).

Debe excluirse, igualmente, el derecho a la participación pública, pues, en caso de poder ejercitarlo en las elecciones municipales (conforme a los arts. 13.2 de la CE y 6 de la reformada Ley Orgánica 4/2000, así como su legislación de desarrollo), existe ya la cobertura penal, de acuerdo con lo establecido en los arts. 135 y ss. de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, preceptos reguladores de los denominados delitos electorales.

De lo anterior resulta que *los derechos que reciben tutela penal vía artículo 318 bis son los integrantes del tercer grupo*; esto es, los derechos cuya titularidad ostentan los españoles y que pueden ejercitar los extranjeros, de acuerdo con las previsiones legislativas. Son los denominados "derechos sociales", y pudieran ser los llamados "derechos políticos" no exclusivos de los nacionales (al menos, en una primera lectura de la Constitu-

ción), esto es, los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga.

Cuestión aparte es que la Ley Orgánica 4/2000 supedita el ejercicio de los derechos fundamentales constitucionales (art. 21 de la CE), de asociación (art. 22), de sindicación y huelga (art. 28), entre otros, a la obtención previa por parte del extranjero de una autorización de estancia o residencia en el caso de los derechos de reunión y manifestación, asociación y sindicación; y en el caso del derecho de huelga, a la obtención previa de una autorización para trabajar. Queda por saber si tales limitaciones son constitucionalmente admisibles o no. De entrada, el Consejo General del Poder Judicial se ha limitado a mostrar su preocupación por el regreso al sistema de la Ley Orgánica 5/1985 (exigencia de ciertos requisitos para el goce de determinados derechos), con independencia de la posibilidad de restringir legalmente el ejercicio de los mismos²³. Sin duda alguna, la clave la desvelará el Tribunal Constitucional cuando resuelva el recurso de inconstitucional interpuesto contra éstos y otros preceptos de la Ley 4/2000²⁴.

4. Por último, si ese grupo de derechos fundamentales no tutelados por otros preceptos penales es el específicamente protegido, y coadyuva a la integración de las personas en tanto permiten su participación social, no hay inconveniente en identificar la integración social como una finalidad político-sancionadora (como ya expuse más arriba) y, por ende, también político-criminal²⁵, en el marco de desarrollo de una política migratoria²⁶.

3. Concursos

3.1. Observación previa

Existe cierto consenso a la hora de distinguir, dentro del ámbito de los desplazamientos de per-

23. Tal como se refleja en el Informe mencionado.

24. Vid. el contenido del recurso interpuesto por Diputados pertenecientes al Partido Socialista Obrero Español en http://www.extranjeria.info/LOex/constitu/psoe_inc.pdf

25. Lo niega RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: "Ley de Extranjería y Derecho Penal", *La Ley*, n.º 5261, 2001, p. 2. Para esta autora, en tanto el precepto penal castiga el tráfico ilegal de personas, no puede despreciarse el interés estatal en el control de los flujos migratorios como elemento para definir el bien jurídico protegido. Sostiene que estamos ante un supuesto de "bienes intermedios con función representativa" de un bien jurídico (el fenómeno migratorio) del orden socioeconómico en sentido amplio, en la medida en que el fenómeno migratorio constituye un fenómeno socioeconómico y una cuestión de estado"; concretada la protección en un objeto intermedio constituido por "los derechos individuales de los inmigrantes como colectivo y el respeto de la regulación en esta materia, los cuales "tienen una función representativa del bien institucionalizado o interés difuso".

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R.: "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", cit., pp. 382 a 386, eleva la integración social como derecho fundamental de los ciudadanos extranjeros a la categoría de bien jurídico-penal.

26. Cuestión bien distinta es que la redacción actual de la Ley Orgánica 4/2000, asumiendo plenamente el acervo Schengen, esté más en la línea de la "integración legal" que de la integración social; lo que supondría una vuelta al modelo de la Ley Orgánica 7/1985.

sonas, tres clases de conductas: el tráfico ilegal de trabajadores, la denominada "trata de blancas" con fines de explotación sexual y el tráfico de indocumentados en general²⁷. Siendo así, la primera conducta se podría subsumir, si se cumplen las exigencias típicas pertinentes, en el tipo penal contenido en el art. 313.1 del CP; la segunda, en el del art. 188.2; y la tercera, en el 318 bis. La íntima conexión que guardan estos tres preceptos no debe pasar inadvertida a la hora de resolver los problemas concursales.

3.2. Con el delito de inmigración clandestina de trabajadores del art. 313.1 del CP

La tutela de los derechos de los ciudadanos extranjeros como instrumento de la política migratoria corre en paralelo con la tutela de los derechos de los trabajadores como instrumento de la política de empleo. Es decir, la misma relación que guardan el control de los flujos migratorios (interés estatal tutelado por un régimen de infracciones administrativas) y los derechos de los ciudadanos extranjeros (interés colectivo protegido por un régimen de infracciones administrativas y penales), guardan el control del acceso al mercado de trabajo y los derechos de los trabajadores. De acuerdo con este esquema se reproduce aquí el reparto de papeles entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal: el control del mercado de trabajo es tarea del primero; los ataques más graves e intolerables a los derechos de los trabajadores mediante actos de inmigración ilegal es tarea del segundo. Todo ello, sin duda alguna, en el marco de un programa de política de empleo.

Antes de continuar, parece oportuno hacer una importante matización, a fin de evitar equívocos. Podría aducirse esta misma línea de razonamiento frente a la seguridad e higiene en el trabajo, de suerte que el reproche sobre las conductas que atenten contra las políticas tendentes a lograr un medio ambiente laboral seguro debe quedar reservado para el Derecho Administrativo sancionador. Por su parte, el Derecho Penal debiera quedar circunscrito a la tutela de la vida o salud de los trabajadores frente a los ataques provenientes de conductas no respetuosas con las medidas de seguridad e higiene. En síntesis, la seguridad e higiene es el objeto de tutela de las infracciones ad-

ministrativas; la vida y salud de los trabajadores, el de las infracciones penales.

Tal línea de razonamiento, sin embargo, estaría dejando de lado un dato fundamental en orden a identificar el bien jurídico-penal protegido por los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, cual es que ésta (la seguridad y salud de los trabajadores) se conforma como un derecho fundamental de un determinado colectivo, consagrado en el art. 40.2 de la CE. En orden a lograr su indemnidad, es decir, a lograr un medio ambiente laboral seguro, se legitima, pues, la intervención penal, en tanto ésta sólo encuentra justificación, como ya he apuntado, cuando se trata de tutelar derechos fundamentales frente a ataques intolerables, como son aquellos que los ponen en concreto peligro.

La naturaleza del concurso entre los arts. 313 y 318 bis del CP (respecto de su tipo básico) es de normas, pues los hechos son susceptibles de ser incluidos en dos preceptos distintos, pero sólo uno puede ser de aplicación para no conculcar la prohibición de *bis in idem*.

Este concurso de normas debe resolverse conforme al principio de especialidad, consagrado en el art. 8.1 del CP. Ello significa que las conductas de ambos son idénticas, no existiendo diferencias entre el acto de "inmigración clandestina" y el de "tráfico ilegal", afirmación ésta corroborada por la doctrina que se ha ocupado de este tema, la cual coincide de un modo unánime en esta solución. La especialidad la ostenta el art. 313, relativo al acto de tráfico de trabajadores en particular; el número 1 del art. 318 bis, por su parte, se refiere a actos de tráficos de personas en general²⁸.

En definitiva, el encaje en uno u otro precepto dependerá de la finalidad del acto de tráfico, quedando el número 1 del art. 318 bis para todos aquellos supuestos en los que los sujetos pasivos no sean inmigrantes que vienen, están en tránsito o van a un punto geográfico para estar en disposición de ser contratados como trabajadores.

Según la Fiscalía General del Estado, "en los supuestos de tránsito ilegal por territorio nacional... de personas, trabajadoras o no, se aplicará el art. 318 bis, al ser supuestos no contemplados expresamente en el art. 313.1 que se ciñe a la inmigración"²⁹. La solución puede ser distinta, sin embargo, para los denominados movimientos internos o tráfico interior de trabajadores, al poder ser sub-

27. RODRÍGUEZ MESA, M.J.: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, cit., p. 19.

28. Cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, F.G.: "El nuevo delito de tráfico ilegal de personas", en P. Lorenzo Copello (coord.), *Inmigración y Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 298 y ss., abogando por la supresión del art. 313.1.

29. Circular 1/2002, de la Fiscalía General del Estado sobre: Aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería (en <http://www.fiscalia.org/circulares/pdf/2002/circ1-2002.pdf>).

sumidos, conforme al principio de especialidad, en el tipo contenido en el art. 312 del CP³⁰.

A la misma conclusión general hay que llegar respecto de los tipos agravados contenidos en los números 2, 4 y 5 del art. 318 bis³¹, pues en la dirección de ataque de las conductas no se encuentra un bien jurídico-penal distinto. Sólo generan un mayor reproche (de ahí el incremento en la respuesta penal) por razones bien objetivas, bien subjetivas. En definitiva, por la concurrencia de ánimo de lucro; por el empleo de violencia, intimidación o engaño; por el abuso de una situación de necesidad de la víctima; por el prevalimiento del culpable de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público; o por pertenencia a organizaciones mafiosas. En síntesis, el concurso de normas se resuelve a favor de estos tipos agravados conforme al principio de especialidad³².

Por el contrario, la relación concursal entre el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros poniendo en peligro su vida o salud o cuando la víctima sea menor de edad (número 3 del art. 318 bis) y el delito de inmigración clandestina de trabajadores (art. 313.1) es de naturaleza delictual: el desvalor de uno no abarca la totalidad del desvalor del otro, en tanto en uno de ellos, y no en el otro, hay una puesta en concreto peligro de la vida o salud de los inmigrantes. Se trata, pues, de un concurso de delitos.

La Fiscalía General del Estado, por su parte, sostiene que en todos los casos se trata de un concurso de leyes, donde sigue rigiendo el principio de especialidad a favor del artículo 313.

3.3. Con el delito de tráfico de personas con el fin de su explotación sexual del art. 188.2 del CP

Al igual que en el apartado anterior, debe diferenciarse entre el tipo básico del delito contra los

derechos de los ciudadanos extranjeros y los tipos agravados. Respecto del tipo básico, conforme al principio de especialidad, resulta de aplicación el art. 188.2.

Si el concurso de normas se plantea frente al tipo agravado contenido en el número 2 del art. 318 bis, debe diferenciarse entre la concurrencia de ánimo de lucro y el resto de los elementos agravantes: en el primer caso, el concurso se resuelve a favor del art. 318 bis; en los demás casos, a favor del 188.2³³.

Por imperativo del principio de especialidad, también resulta de aplicación el artículo 188.2 cuando la víctima es menor de edad o incapaz, y cuando el culpable se prevalece de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

Cuando se pone en peligro la vida o salud de las personas sometidas al acto de tráfico ilegal promovido con el fin de someterlas a explotación sexual, en coherencia con la respuesta dada respecto de la inmigración clandestina de trabajadores, debe plantearse un concurso de delitos.

De nuevo la Fiscalía General del Estado no discrimina el tratamiento concursal entre el tipo básico y los tipos agravados del art. 318 bis, promoviendo en todos los casos la aplicación del art. 188.2 en razón del principio de especialidad.

3.4. Con el delito de asociaciones ilícitas que promuevan el tráfico ilegal de personas del art. 515.6 del CP

Una situación insostenible en los países de origen (guerras, catástrofes naturales, políticas genocidas, la globalización y sus perversos efectos en los países menos desarrollados, etc.) crea la necesidad de emigrar. A ello se une un férreo control de los flujos migratorios, y el carácter sumamente lucrativo de un negocio. Son los ingredientes que provocan la irrupción de las mafias en el tráfico ilegal de personas³⁴. Parece evidente que si la emi-

30. NAVARRO CARDOSO, F.: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 101.

31. Esto implica una clara toma de postura respecto del delito de asociaciones ilícitas, abogando, pues, por la introducción de tipos agravados allí donde sea preciso (con las modulaciones penológicas que se estimen conveniente en razón del papel del sujeto en la organización), y la supresión de los arts. 515 a 521. Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: "La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita", en J.C. Ferré Olivé y E. Anarte Borrillo (ed.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 177 y ss. Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J.: "Asociación para delinquir y criminalidad organizada", *Actualidad Penal*, t. 2, 2000, pp. 561 y ss., respondiendo a los argumentos aportados por Quintero Olivares.

32. A la misma conclusión llega RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: "Ley de Extranjería y Derecho Penal", cit., 2001, p. 4, respecto de los tipos agravados contenidos en el número 2. Sin embargo, sostiene, si bien con reservas, que respecto de los tipos contenidos en los números 3 y 4 el concurso es de delitos, "por entender que ninguno de los tipos abarca la totalidad del desvalor del otro, al tener una pena más grave y afectar a bienes jurídicos distintos".

33. Vid., en igual sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: "Ley de Extranjería y Derecho Penal", cit., p. 4, si bien entiende que es la solución correcta respecto de todo el número 2 del art. 318 bis.

34. Una síntesis de las causas y sus consecuencias puede verse en TERRADILLOS BASOCO, J.: "Tráfico ilegal de inmigrantes", en L. Zúñiga Rodríguez; C. Méndez Rodríguez y M.R. Diego Díaz-Santos (coord.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001, p. 16.

gración termina por ser la mejor salida a una insostenible precariedad en el propio país, y los controles de acceso a los puntos deseados (como tránsito o definitivo) son excesivamente rigurosos, los inmigrantes busquen la introducción por las vías que presenten las menos trabas posibles.

En síntesis, una situación como la descrita genera, por un lado, inmigración ilegal; por otro, una acentuación de la diferencia entre inmigrantes "legales" e "ilegales".

A todo ello se suma la incapacidad personal para hacer frente a los obstáculos materiales que también aparecen cuando se opta por la inmigración a través de vías de hecho. Y si se agrega la necesidad europea de incorporar mano de obra foránea a sus mercados de trabajo, se tienen los ingredientes necesarios y suficientes para que las mafias adquieran un papel de primer orden, cuya existencia es la generadora de los verdaderos problemas de control de fronteras.

En ese contexto, el denominado "efecto llamada" de una ley sólo se explica por y desde las mafias, dispuestas a obtener pingües beneficios jugando con la necesidad y la ilusión de unos por alcanzar un país donde poder obtener un sueldo digno para llevar una vida igualmente digna³⁵.

La intervención de las mafias en los movimientos migratorios ha coadyuvado, de un modo decidido, a generar la visión actual de este fenómeno. Un simple repaso a las hemerotecas es elemento suficiente para constatar esta afirmación. En definitiva, cuando se habla de inmigración se habla, entre otras cosas, de mafias.

Pero frente a tal estrecha vinculación no hay que perder de vista el objeto de protección. En este sentido, lo tutelado son derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros, y la actuación de las mafias incrementa la potencialidad lesiva de las conductas de tráfico y, por ende, la cantidad de injusto material, justificándose, pues, el aumento de pena fijado en el tipo muy cualificado del número 5 del art. 318 bis. Teniendo en cuenta, además, que el tipo de referencia para fijar la pena superior en grado es el contenido en el número 2, tipo cualificado por la concurrencia de ánimo de lucro (lo que de hecho siempre ocurre), la pena privativa de libertad resultante es de 4 a 6 años de prisión.

De lo dicho se desprende que se trata de un concurso de normas a resolver por el principio de gra-

vedad (art. 8.4) a favor del número 5 del art. 318 bis³⁶; principio que resulta de aplicación porque, sorprendentemente, tipifican lo mismo. Y sorprendente en tanto fueron introducidos en el Código Penal por la misma Ley Orgánica 4/2000: el 318 bis lo fue por la Disposición Final segunda, y el 515.6 por la Disposición Final tercera; lo cual sirve para poner de manifiesto, de nuevo, la atención dispensada por el legislador a la Política legislativa.

3.5. Con el delito de coacciones para impedir el ejercicio de derechos fundamentales del art. 172.2 del CP

Conforme al principio de absorción (art. 8.3), el número 2 del art. 318 bis absorbe al art. 172.2. Bien es cierto que este último precepto declara una subsidiariedad expresa a favor del otro tipo penal (que resulte de aplicación) en caso de mayor pena, como ocurre en el presente caso, al fijarse una pena de 2 a 4 años de prisión y multa 12 a 24 meses. Por uno u otro mandato, resulta, en definitiva, desplazado el delito de coacciones.

4. Observaciones finales sobre el art. 318 bis. El concurso entre infracciones administrativas y penales

1. A fin de evitar la confusión epistemológica que supone pretender hilvanar de un modo cruzado un discurso teórico con la práctica positiva o con un discurso problemático, se efectúan primero unas consideraciones teóricas y, con posterioridad, se observa la legislación vigente.

2. Admitiendo la triple distinción ya referenciada entre tráfico ilegal de trabajadores, trata de blancas y tráfico ilegal de indocumentados en general, la introducción de un precepto en el Código Penal que atiende al último de los supuestos no merece, de entrada, un juicio negativo, siempre que, como es obvio, se cumplan las exigencias típicas. Las otras conductas tienen ya una respuesta punitiva.

En otro orden de cosas, como consecuencia de las exigencias derivadas de los principios ordenadores de la potestad de sancionar, también puede merecer un juicio positivo que el Derecho de Extranjería fije un catálogo de infracciones y sancio-

35. No se explica, pues, este efecto respecto de los inmigrantes: ni escuchan "una especie de canto de sirenas audible en el corazón de África" (JUECES PARA LA DEMOCRACIA; UNIÓN PROGRESISTA DE FISCALES: *Algunas consideraciones críticas sobre la reforma de la Ley de Extranjería*, en <http://www.extranjeria.info/LOex/constitu/jd-upf.pdf>), ni se dedican a leer el Boletín Oficial del Estado, añado.

36. A la misma conclusión llega la Fiscalía General del Estado, si bien parte de unas consideraciones que no se comparten, tal como se puso de manifiesto supra en la nota 31.

nes administrativas. Es más, es razonable que así sea en tanto el Derecho Administrativo sancionador tiene que tutelar intereses no susceptibles de ser protegidos por el Derecho Penal.

Planteada en esos términos la convivencia de las distintas manifestaciones del Derecho Sancionador (allí donde pueden confluir), se entiende que la legislación administrativa fije una cláusula de subsidiariedad expresa a favor del Derecho Penal, siempre que el hecho pueda ser constitutivo de delito. Esta cláusula de salvaguardia frente al *bis in idem* se explica porque, en síntesis, el principio *ne bis in idem* es expresión sintética de un conjunto de derechos, cuyo fundamento es la seguridad jurídica, expresión sintética, de igual manera, de una serie de garantías; y en la medida en que las consecuencias jurídicas de la infracción implican la merma de derechos, la imposición de las mismas debe estar rodeada de las máximas garantías, las cuales están presentes con mucha más intensidad en el proceso penal que en el procedimiento administrativo³⁷.

3. Ahora bien, si se admite la hipótesis según la cual "el primer ámbito de riesgo penalmente relevante para el inmigrante se produce precisamente en el propio acto de la inmigración"³⁸, la conclusión, al menos en apariencia, resulta evidente: el mero acto de tráfico debe ser punible, conformándose la correspondiente norma penal como delito de peligro abstracto, dado el bien jurídico-penal protegido. Es decir, en tanto los ciudadanos extranjeros sean introducidos en España por vías de hecho y, por tanto, su situación sea irregular, no van a poder ejercitar los derechos sociales que ostentarían si su entrada fuese conforme establece la legislación en materia de extranjería. Por ende, el acto de tráfico ilegal en sí mismo pone en peligro abstracto el ejercicio de aquellos derechos.

4. Confrontando estas reflexiones con el Derecho positivo, el panorama no puede ser más desalentador. Lo es hasta el punto que se generan serias dudas sobre la constitucionalidad del régimen jurídico compuesto por el art. 54.1 b) de la Ley Orgánica 4/2000 y el número 1 del artículo 318 bis: mientras el tipo básico de la infracción administrativa exige ánimo de lucro, este elemento subjetivo del injusto está ausente en el tipo básico del delito. Es decir, en sede de tipo-

logía básica, tiene mayor cantidad de injusto la infracción administrativa que el delito. Y esto es, simplemente, una quiebra del Estado de Derecho: a) Uno de los pilares sobre el que se asienta es el principio de legalidad, siendo una de sus manifestaciones la interdicción del *bis in idem*, cuando el principio *ne bis in idem* otorga preeminencia al orden penal dada la "supuesta" mayor gravedad de los delitos frente a las infracciones administrativas. b) Otro de los pilares es el principio de proporcionalidad, siendo una de sus manifestaciones la concepción del Derecho Penal como *ultima ratio*, no como *prima ratio*, que es a lo que conduce la actual legislación sancionadora en materia de tráfico ilegal de personas, pues, en definitiva, es más fácil cometer el delito que la infracción administrativa.

Es de observar que la situación no es igual cuando la víctima del acto de tráfico es un potencial trabajador, donde es posible graduar (más allá de los inconvenientes probatorios) el peligro de lesión de sus derechos laborales. Así, en tanto no esté en disposición de ser contratado, la conducta no tendrá, desde un punto de vista material, la suficiente potencialidad lesiva. En definitiva, respecto del art. 313.1, sí es posible establecer una graduación tal que justifique la existencia de un catálogo de infracciones administrativo-laborales³⁹.

Cuestión distinta pudiera resultar de la pretensión de mantener el peligro abstracto de lesión como infracción administrativa y el peligro concreto como infracción penal, eliminando la exigencia de ánimo de lucro en la infracción administrativa y manteniéndola como agravante, si se quiere, en el art. 318 bis. Sin embargo, tal opción supondría negar la hipótesis anterior y su correspondiente tesis, esto es, la necesidad de adelantar la barrera de protección a un estadio previo al peligro concreto dada la potencialidad lesiva de la conducta.

5. Ciertamente es que lo dicho hasta aquí se ha formulado con base en el juicio del merecimiento de protección jurídico-penal, cuando con anterioridad a él debe formularse el juicio de necesidad de la misma. Es decir, antes del neto juicio conforme a valoraciones debe formularse un juicio de eficiencia de los otros mecanismos que deben intervenir con anterioridad al Derecho Penal. Sin embargo, el dato empírico arrojado por las oleadas de inmigrantes llegados a las costas del sur penin-

37. NAVARRO CARDOSO, F.: "El principio *ne bis in idem* a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999: exposición y crítica", en I. Berdugo Gómez de la Torre y L. Arroyo Zapatero (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, vol. I, Servicio de Publicaciones de las Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca, 2001, pp. 1217 y ss., 1230.

38. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: "Ley de Extranjería y Derecho Penal", cit., p. 1.

39. NAVARRO CARDOSO, F.; DEL RÍO MONTESDEOCA, L.: "Delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores del art. 313.1 del Código Penal de 1995", *La Ley*, n.º 4700, 1998, p. 2.

sular y de las islas orientales canarias es de por sí suficiente para poner de manifiesto el fracaso del régimen infraccional administrativo (en lo que de aporte a la solución del conflicto tiene dicho régimen en el conjunto de las soluciones). Además, criminalizar las conductas de quienes trafican con personas no supone, en absoluto, generar consecuencias accesorias de carácter negativo, aspecto que se erigiría en obstáculo para poder afirmar la necesidad de intervención penal.

En síntesis, se justifica la criminalización del tráfico de indocumentados en general por la carga lesiva potencial que tal conducta tiene respecto de derechos fundamentales de los extranjeros. Lo que no se justifica es la existencia de una infracción administrativa que recaiga sobre la misma conducta, dado aquel desvalor material de la misma y la incapacidad del Derecho Administrativo sancionador para hacer frente a estas conductas.