

ANÁLISIS DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS¹

Francisco Salvador de la Fuente Cardona

Universidad Complutense de Madrid

Title: *Dogmatic and Case Law Analysis of the Crime of Smuggling of Migrants*

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar el delito de tráfico de personas desde las fuentes dogmáticas y jurisprudenciales disponibles. Para ello, en primer lugar, se aborda la normativa internacional y europea en la materia, de gran influencia para el legislador nacional. En segundo lugar, el trabajo se centra en la regulación interna. Se aborda la delimitación de dicho delito frente al delito de trata de seres humanos y de ayuda a la inmigración irregular; la discusión sobre el bien jurídico protegido, sobre los elementos del tipo objetivo y del tipo subjetivo, se exponen los subtipos agravados y el subtipo atenuado y, por último, se ofrece una reflexión sobre la posible aplicación de la excusa absolutoria de ayuda humanitaria.

Palabras clave: Derecho penal, tráfico de personas, política migratoria

Abstract: *The aim of this paper is to analyse the crime of human smuggling from the dogmatic and case law sources available. To do so, firstly, it deals with the international and European regulations on the subject, which have a significant influence on national legislators. It deals with the delimitation of this crime in relation to the crime of trafficking in human beings and aiding irregular migration, the discussion on the protected legal interest, the elements of the objective and subjective type, the aggravated subtypes and the attenuated subtype and, finally, it offers a reflection on*

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Exclusión social y sistema penal y penitenciario. Análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión» (PID2019-105778RB-I00), cuya IP es Margarita Martínez Escamilla. Agradezco a los/las evaluadores/as anónimos/as sus comentarios, los cuales han sido de gran ayuda para mejorarlo.

the possible application of the humanitarian aid excuse to exonerate from prosecution.

Key Words: *Criminal law, Smuggling of Migrants, Migration Policy*

Sumario: 1. Introducción. - 2. La preocupación de los Estados ante el fenómeno migratorio: las iniciativas de criminalización en la normativa universal y europea. - 2.1. Ámbito universal. - 2.2. Ámbito de la Unión Europea. - 3. El delito de tráfico de personas en la normativa y en la práctica jurisprudencial española. - 3.1. Distinción frente a otras figuras delictivas: trata de seres humanos y ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular. - 3.2. Bien jurídico protegido. - 3.3. Tipo objetivo y tipo subjetivo. - 3.4. Modalidades agravadas. - 3.4.1. Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización criminal. - 3.4.2. Cuando se hubiere puesto en peligro la vida o se hubiere creado el peligro de causación de lesiones graves. - 3.4.3. Cuando el sujeto activo sea autoridad o funcionario público. - 3.5. Modalidad atenuada. - 3.6. Sobre la aplicación de la excusa absolutoria de ayuda humanitaria. - 3.7. Responsabilidad penal de la persona jurídica. - 4. Conclusiones. - 5. Bibliografía.

1. Introducción

1. Uno de los asuntos que ha adquirido más actualidad en las últimas décadas es la gestión, el abordaje que nuestros Estados están haciendo de los crecientes flujos migratorios. Los datos revelan que estamos ante una nueva realidad: el número de migrantes internacionales se encuentra a nivel mundial en su máximo histórico desde que se recopilan estadísticamente y la tendencia no tiene visos de que en un futuro vaya a ser revertida.

Si tomamos la información del Portal de Datos sobre Migración, que es un portal dependiente de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), podemos comprobar que en 2020 el número de migrantes internacionales ascendía a más de 280 millones de personas, es decir, más de cinco veces la población de España. El país que mayor número de migrantes recibe es EEUU (con algo más de 50 millones), en segundo lugar, Alemania (con 16 millones) y, en tercer lugar, Arabia Saudí (con 13,5 millones). España no está a la cabeza, pero sí se encuentra entre los países que reciben más inmigración. Así, en el año 2020 la cifra estimada superaba los 6,8 millones de personas, volviendo a números similares a los años previos al estallido de la crisis económica. Por su parte, el Instituto Nacional de Estadística (INE) informa que a 1 de enero de 2024 el número de residentes en España que ha nacido en el extranjero asciende a casi nueve millones de personas.

2. El deseo y propósito de migrar de tantos millones de personas y los obstáculos y dificultades burocráticas a las que se enfrentan han sido aprovechados tanto por grupos de criminalidad organizada como por particulares². El objetivo ha sido y continúa siendo obtener ingentes

² CABEZAS VICENTE, M., «El control penal de la inmigración irregular a través del delito de tráfico ilícito de inmigrantes», *Revista Sistema Crítico Penal*, núm. 2, 2021, p. 49,

rendimientos económicos de la desesperación de quienes no han podido acceder a los cauces regulares de entrada o tránsito por terceros países, ofreciendo un «servicio» de tráfico en el que a menudo se agrava la situación de vulnerabilidad del migrante, teniendo que aceptar precios desorbitados e indignas condiciones de traslado. Además, si estos flujos migratorios al margen de los cauces regulares se producen en gran número pueden poner en jaque la capacidad de acogida de los Estados receptores.

En el presente trabajo nos proponemos como objetivo analizar la respuesta que el ordenamiento penal español ofrece a dicha clase de conductas de tráfico de personas. Para ello, en primer lugar, examinamos el marco de la normativa internacional y europea en la materia, ya que ha influido decididamente en el legislador nacional. Y, en segundo lugar, nos adentramos en la regulación española, acudiendo a las fuentes doctrinales y a la jurisprudencia. Los aspectos que abordamos son los siguientes: la delimitación de la figura de tráfico de personas de otros delitos afines como la trata de seres humanos y el delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular; el bien jurídico protegido por el delito de tráfico; los elementos del tipo objetivo y subjetivo; las modalidades agravadas y el subtipo atenuado; y la posibilidad de aplicar la excusa absolutoria de ayuda humanitaria.

2. La preocupación de los Estados ante el fenómeno migratorio: las iniciativas de criminalización en la normativa universal y europea

1. Durante la década de 1990, tras el final de la Guerra Fría y en un momento en el que la apertura y el multilateralismo se abrían paso, hemos vivido diferentes iniciativas políticas a favor de la protección de los derechos humanos con trascendentales consecuencias para el Derecho penal³.

pone de manifiesto que EUROPOL e INTERPOL estiman que más del noventa por ciento de los inmigrantes que llegan a la Unión Europea «lo hacen empleando los servicios de traficantes».

³ Una de sus consecuencias es que ya tras la II Guerra Mundial, y no exento de limitaciones, se introdujo el principio de responsabilidad individual propio del Derecho penal en el ordenamiento internacional (penal), AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano? La cuestión del *ius puniendi* en Derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del Derecho penal internacional consistente», *Derecho y Persona*, núm. 68, 2013, pp. 10-11; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho Internacional y Transiciones a la Democracia y la Paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ediciones Parthenon, Sevilla, 2007, pp. 41 y ss.

2. Una de las iniciativas que ha transformado nuestro sector del ordenamiento ha sido la relativa al fenómeno migratorio, que mayoritariamente se ha relacionado con la delincuencia organizada como síntoma, aunque a nuestro juicio su origen o causa reside en las crecientes desigualdades⁴. Este ha merecido la atención tanto de la comunidad internacional a través de los mecanismos codificadores ofrecidos en el sistema universal de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como en el ámbito regional más integrado que representa la Unión Europea (UE).

Con carácter general, podemos afirmar que los Estados han prestado su consentimiento para autoimponerse una serie de obligaciones «tipificadoras» en materia penal. En este trabajo nos centramos en la criminalización de aquellos comportamientos que calificamos como tráfico de personas.

En la medida en que la normativa internacional no es homogénea y ha influido decisivamente en la legislación española, resulta necesario repasar su contenido antes de acudir al ámbito nacional.

2.1. *Ámbito universal*

1. En el plano universal, durante la década de 1990 la comunidad internacional mostró a través de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU), entre otros cauces, su profunda preocupación por el auge de la criminalidad organizada y la necesidad de que los Estados cooperasen en su erradicación⁵. A partir de la Resolución núm. 85 (52), de 30 de enero de 1998, de Seguimiento de la Declaración Política y Plan de Acción

⁴ Esto ha potenciado un enfoque actuarial y preventivo del Derecho penal: se han elaborado categorías de sujetos de riesgo (criminal), como los inmigrantes irregulares, y se ha entendido la criminalidad como fenómeno social no susceptible de desaparición, BRANDARIZ GARCÍA, J.A., «La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal», en Cancio Meliá, M., Pozuelo Pérez, L. (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad organizada*, Civitas, Navarra, 2008, pp. 145 y ss.; el mismo, *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, Granada, 2011, pp. 32 y ss., añade su alteridad negativa.

⁵ Se pueden ver, entre otras, la Resolución AGNU núm. 159 (46), de 18 de diciembre de 1991, de elaboración de un programa eficaz de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal [A/46/704/Add.1]; Resolución AGNU núm. 159 (49), de 24 de febrero de 1995, declaración política y plan de acción de Nápoles contra la delincuencia transnacional organizada [A/49/606]. Sobre el contexto político previo a la aprobación del Convenio contra la Criminalidad Organizada Transnacional, resulta esclarecedor el texto de TENNANT, I., «Fulfilling the Promise of Palermo? A Political History of the UN Convention Against Transnational Organized Crime», *Journal of Illicit Economies and Development*, núm. 2 (1), 2021, pp. 54 y ss.; también, SORIANO GATICA, J.P., «Gobernanza global contra la delincuencia transnacional: la UE y la Convención de Palermo», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm.108, 2014, pp. 146 y ss.

Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada, se asume como una de las actividades propias de estas organizaciones «el tráfico de migrantes ilegales». Aunque la referencia al mismo apareció puntualmente con anterioridad en algunas resoluciones⁶, a partir de este momento la codificación que se propuso en el ámbito de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional no va desconocer el fenómeno migratorio⁷ y, en especial, las actividades delictivas que están íntimamente ligadas al mismo, como son el tráfico ilícito de migrantes y la trata de seres humanos⁸.

2. Esta preocupación condujo a la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocida como Convenio de Palermo⁹, aprobada por Resolución de la AGNU núm. 25 (55), de 15 de noviembre de 2000, que entró en vigor en 2003¹⁰. Con carácter general, la Convención prevé una serie de medidas

⁶ PÉREZ ALONSO, E.J., «Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas», en Zugaldía Espinar, J.M. (Dir.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 41, «debe destacarse sobre todo la Resolución 48/102, sobre Prevención del tráfico de indocumentados, adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1993».

⁷ También MAPELLI CAFFARENA, B., «Tráfico ilegal e inmigración clandestina con fines de explotación sexual», *La Ley Penal*, núm. 59, 2009, p. 2, señala dicha fecha como «referencia a partir de la cual se observa una intensa preocupación en las instituciones internacionales» por estos fenómenos; GARCÍA SÁNCHEZ, B., «La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVIII, 2005, p. 841, adelanta este interés a «la Resolución 1995/10 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas [que] instó a los Estados a instaurar leyes penales nacionales para luchar contra todos los aspectos del tráfico ilegal de personas indocumentadas»; de la CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, p. 196.

⁸ La Resolución AGNU núm. 85 (52), de 30 de enero de 1998, en su apartado 15 decide establecer un grupo de expertos intergubernamental «con el fin de elaborar un anteproyecto de convenio internacional amplio de lucha contra la delincuencia transnacional organizada» y, más adelante, solicita a dicho grupo de expertos que «considere también la posibilidad de indicar la necesidad que pueda haber de disposiciones especiales relativas a determinados tipos de delitos, tales como la trata de niños,... el tráfico de migrantes ilegales, ... y otros delitos que puedan ser objeto de instrumentos internacionales, con prescindencia de si esos instrumentos están vinculados al proyecto de convenio o son independientes de éste» [A/RES/52/85]; añadiendo la Resolución AGNU núm. 111 (53), de 20 de enero de 1999, la «trata de mujeres» y al tráfico ilícito de migrantes «el transporte de éstos, incluso por mar» [A/RES/52/111].

⁹ La referencia a Palermo es porque dicha ciudad italiana fue la anfitriona de la conferencia política para la firma de la Convención y sus Protocolos.

¹⁰ Según UNODC, «Módulo 3. Marco jurídico internacional», en *Manual sobre la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes*, Nueva York, 2011, p. 9, «la Convención entró en vigor el 1 de julio de 2003», aunque otras fuentes sitúan la entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003, justo tras los noventa días que menciona el art. 38 de la Convención: «La presente Convención entrará en vigor el noagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión». En este segundo sentido, TENNANT, I., «Fulfilling the Promise of Palermo? A Political History», p. 61.

orientadas a la lucha contra la criminalidad organizada. Así, en materia penal establece varias obligaciones «tipificadoras» como la participación en un grupo delictivo (art. 5), el blanqueo del producto del delito (art. 6), la corrupción (art. 8) o la obstrucción de la justicia (art. 23). Junto con ello se recogen otras medidas dirigidas a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de estas actividades delictivas, procurando la armonización y cooperación entre los Estados parte¹¹.

Como hemos introducido, la preocupación por el fenómeno migratorio al margen de los cauces regulares y las actividades criminales en que desembocan, principalmente, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes¹², impulsaron la redacción y aprobación de dos Protocolos anejos al Convenio de Palermo, rubricados como «Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños» y «Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire». El segundo es el que regula la materia aquí abordada y, por ello, procedemos a su análisis. Baste previamente señalar que la relación entre la Convención y sus Protocolos se caracteriza por lo siguiente: (i) para ser parte en un protocolo, los Estados o las organizaciones internacionales deben ser parte en la Convención —art. 37.1 Convención—; (ii) las disposiciones de la Convención se aplican *mutatis mutandis* al Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa —art. 1.2 Protocolo—; y (iii) los delitos tipificados en el Protocolo se consideran tipificados con arreglo a la Convención —art. 1.3 Protocolo—.

2.1. El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire consta de cuatro títulos denominados «Disposiciones generales», «Tráfico ilícito de migrantes por mar», «Medidas de prevención, cooperación y otras medidas» y «Disposiciones finales». Desde nuestra perspectiva interesan las definiciones y las obligaciones de tipificar previstas en su primer título. En el art. 6 a) se establece la obligación de tipificar el delito de tráfico de personas en los siguientes términos: «cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para *tipificar como delito*, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material: a) El tráfico ilícito de migrantes» (cursivas nuestras). El Protocolo acota en el art. 3 a) lo que los Estados comprenden por «tráfico ilícito de migrantes» y lo define como «la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, di-

¹¹ Un breve resumen se puede ver en UNODC, «Módulo 3. Marco jurídico internacional», en *Manual sobre la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes*, pp. 2 y ss.

¹² DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009, pp. 46 y ss., recuerda que la traducción de los términos originales del inglés al español generó algunas dudas, quedando entendido el término «*smuggling*» como tráfico (de personas) y el término «*trafficking*» como trata (de seres humanos).

recta o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material».

Los elementos del tipo objetivo de esta definición del tráfico de personas son: (i) el verbo «facilitar», que se entiende como hacer posible la ejecución de la entrada; (ii) la «entrada ilegal» de una persona, que el Protocolo interpreta de manera original como el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor (art. 3 b); y (iii) que la entrada se produzca en un Estado parte de la Convención por quien no sea nacional o residente. En cuanto a los elementos del tipo subjetivo identificamos: (i) la exigencia de dolo, en particular, de dolo directo, ya que el art. 6 del Protocolo emplea el término «intencionalmente»; y (ii) una suerte de ánimo de lucro, dado que el Protocolo exige que tal facilitación a la entrada irregular se lleve a cabo «con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material».

2.2. De la concurrencia de estos elementos del tipo se deben destacar dos ideas. Primero, y como profundizaremos más adelante, identificamos tres elementos típicos que diferencian el tráfico de personas de la trata, a saber, la prestación de consentimiento por el migrante (siempre revocable), el carácter transnacional del traslado y la ausencia de fines de explotación, dado que la fuente de beneficios del traficante suele residir en los honorarios del traslado¹³. Y, en segundo lugar, también debemos destacar de esta definición típica (i) que el tráfico se entiende en un sentido mercantil, ya que se exige que el sujeto activo persiga obtener un beneficio, por lo que no parecen subsumibles conductas de mera ayuda al tránsito de personas; y (ii) que siempre debe llevarse a cabo por una organización criminal en el sentido del art. 2 del Convenio¹⁴.

Estos últimos elementos de la definición típica, es decir, la obtención de un beneficio financiero u otro beneficio de orden material y la pertenencia del sujeto activo a una organización criminal, son característicos del Convenio de Palermo. En el ámbito estatal y regional se han considerado como elementos disponibles y se han previsto únicamente como circunstancias agravantes, lo que ha ampliado el elenco de conductas po-

¹³ En este sentido, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., «Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas», *InDret*, núm. 1, 2010, p. 8; ahora bien, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, p. 225, matiza que son fenómenos «conceptualmente alejados cuando se traducen en las conductas menos graves, pero que se superponen y solapan en la práctica y, de manera acentuada, en los casos más extremos».

¹⁴ El art. 2 a) del Convenio de Palermo establece que «por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material».

tencialmente delictivas¹⁵. Sobre su incorporación en la normativa interna y europea volveremos enseguida, concretemos ahora su presencia en la norma internacional, ¿hasta dónde llega el acuerdo de los Estados en la criminalización del tráfico ilícito de migrantes?

En primer lugar, para evaluar hasta dónde quieren llegar los Estados procede atender al elemento «beneficio» financiero o de orden material. Si tenemos en cuenta que este elemento del tipo no se define en la Convención ni en el Protocolo, entonces suele ser bastante clarificador cuando analizamos textos internacionales acudir a los trabajos preparatorios de las delegaciones que participaron en su elaboración, dado que ofrecen una muestra fehaciente de la voluntad del aquí legislador e, incluso, pueden llegar a contribuir a la formación de una costumbre internacional¹⁶. En este sentido, resulta particularmente útil el «Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a undécimo», que en su Adición toma como punto de partida las notas interpretativas que las delegaciones acordaron hacer a dicho elemento.

En referencia al Protocolo afirma que «en los *travaux préparatoires* se indicará que la inserción en la definición del apartado a) de una referencia a “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” se hizo para recalcar que la noción definida englobaba las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan motivados por el lucro, pero que quedaban excluidos de ella las actividades de todos aquellos que prestan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o por vínculos familiares estrechos. *El Protocolo no pretendía criminalizar las actividades de los*

¹⁵ El creciente carácter disponible o agravante que se viene atribuyendo a la pertenencia a una organización criminal se refleja en el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 2018 (A/RES/73/195), el cual no menciona este elemento: «Nos comprometemos a intensificar los esfuerzos conjuntos por prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes», mediante la adopción de «medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito el tráfico ilícito de migrantes cuando sea intencionado y tenga por fin reportar, directa o indirectamente, beneficios económicos u otros beneficios materiales al traficante». Como señala DONINI, M., «El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración», *Revista Penal*, núm. 4, 2013, p. 66, algunos Estados, como Alemania e Italia, no solo han prescindido de estos elementos, sino que también han ignorado el art. 5 del Protocolo y han criminalizado al migrante objeto de las conductas descritas, es decir, al migrante que entra o reside irregularmente en su territorio. En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baviera, de 7 de octubre de 2022 condena por el delito de estancia irregular previsto en el § 95 Abs. 1 de la AufenthG (BayObLG, Urteil v. 07.10.2022 – 202 StRR 81/22).

¹⁶ WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional* [traducción a cargo de Gutiérrez Rodríguez, M.], 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 114-117.

*familiares o de las organizaciones no gubernamentales o agrupaciones de apoyo religiosas»*¹⁷ (cursivas nuestras).

Los Estados participantes en la elaboración han propuesto una regulación que persigue penalmente a los traficantes de personas en su acepción mercantil, es decir, el tráfico de personas *stricto sensu* y no cualquier tipo de ayuda a la inmigración irregular. De hecho, el trabajo publicado en 2017 por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, en sus siglas en inglés) titulado en su versión original «The concept of “Financial or other material benefit” in the smuggling of migrants protocol»¹⁸ recuerda que la Guía Legislativa para implementar el Convenio de Palermo afirma que la referencia al ánimo lucro se introdujo para excluir a los grupos puramente políticos y los motivos sociales¹⁹.

En este sentido, si acudimos a la Guía Legislativa de implementación del Protocolo, se insiste en que la intención de los Estados solo es la de criminalizar conductas de tráfico de migrantes llevadas a cabo por organizaciones criminales con el propósito de obtener un beneficio²⁰. Asimismo, en el documento de antecedentes preparado por la Secretaría sobre el «Examen del elemento “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” en la definición de tráfico ilícito de migrantes» de cara la reunión del Grupo de Trabajo sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes (GTTIM), se expresa que «el Protocolo no pretende que se enjuicie a quienes actúan con intención humanitaria o en función de vínculos familiares estrechos sin el propósito de obtener un beneficio... y no puede utilizarse como base jurídica para enjuiciarlos»²¹. En palabras de Martínez Escamilla, a

¹⁷ AGNU, «Adición. Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos», en *Informe del Comité Especial*, par. 88 [A/55/383/Add.1].

¹⁸ UNODC, «The concept of “Financial or other material benefit” in the smuggling of migrants protocol», Nueva York, 2017, pp. 7-15.

¹⁹ UNODC, «The concept of “Financial or other material benefit” in the smuggling of migrants protocol», p. 10, «la Guía legislativa profundiza en este tema, afirmando que la referencia al “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” pretendía efectivamente excluir a los grupos con motivos puramente políticos o sociales».

²⁰ UNODC, *Legislative Guide for the Implementation of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, Nueva York, 2004, p. 341, «la intención de los redactores era exigir a los legisladores que tipificaran delitos aplicables a quienes trafiquen con otras personas con fines lucrativos, pero no a quienes únicamente facilitan su propia entrada ilegal o la entrada ilegal de otras personas por motivos que no fueran lucrativos, como las personas que introducen ilegalmente a miembros de su familia o las organizaciones caritativas que ayudan en el traslado de refugiados o solicitantes de asilo».

²¹ GTTIM, «Examen del elemento “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” en la definición de tráfico ilícito de migrantes. Documento de antecedentes preparado por la Secretaría», Viena, 2017, p. 4 [CTOC/COP/WG.7/2017/4]; además, el GTTIM, «Informe de la reunión del GTTIM celebrada en Viena del 11 al 13 de septiembre de 2017», Viena, 2017, p. 3, señala que «los Estados partes deberían, cuando sea apropiado, dar prioridad a las investigaciones y actuaciones judiciales que se refieran a casos de

la luz del Protocolo «por tráfico habría que entender la *ayuda interesada a la migración irregular*»²² (cursivas nuestras).

Con respecto al segundo elemento delimitador del ámbito de dicha conducta en el Protocolo, el art. 4 señala con claridad que «se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6... cuando esos delitos sean de carácter transnacional y *entrañen la participación de un grupo delictivo organizado*» (cursivas nuestras). Por tanto, el sujeto activo no puede ser un individuo sin más, debe pertenecer a un grupo delictivo organizado en el sentido del art. 2 del Convenio²³.

La exigencia de que se actúe desde un grupo delictivo organizado guarda su sentido por el instrumento normativo al que se adhiere el Protocolo, es decir, a la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y responde a una realidad criminal cuantitativamente muy numerosa. Sin embargo, como veremos, este elemento no es requerido por la legislación europea ni española ni podremos decir, a diferencia del ánimo de lucro, que sea constitutivo de la definición ampliamente aceptada del tráfico de personas.

2.3. A la luz de estos elementos del tipo, uno de los debates que se ha suscitado es el relativo al bien jurídico protegido por el tipo penal que configura el Protocolo anejo al Convenio de Palermo, ya que condiciona el alcance del mismo.

En primer lugar, descartamos la posibilidad de que se protejan exclusivamente los derechos individuales de los extranjeros. Si el delito de tráfico de personas protegiera los derechos individuales del migrante, su consentimiento permitiría entrar a valorar si se impide la consumación del delito, esto es, cabría el debate sobre si el bien jurídico de que se trata es o no disponible. Sin embargo, este delito parece presumir el consentimiento de un migrante que no es víctima, sino objeto del traslado²⁴.

tráfico ilícito de migrantes en que exista un claro beneficio financiero» (recomendación 13) [CTOC/COP/WG.7/2017/5].

²² MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmática y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 45.

²³ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El Derecho penal como herramienta*, p. 48; RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 27, destaca que «la existencia de estas redes, en las que las personas son tratadas como mercancía, supone ante todo un peligro para quien recurre a las mismas... [además] suponen en sí mismas un importante factor criminógeno. En cuanto formas de criminalidad organizada le son inherentes el soborno, la corrupción o el blanqueo de capitales».

²⁴ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015, pp. 522 y ss., recuerda que los efectos del consentimiento no tendrán lugar «en los delitos contra la colectividad [como el aquí configurado], puesto que en ellos se protegen bienes independientes de la voluntad de un individuo, aunque supongan que la acción recaee sobre una persona concreta»; por ello, LAURENZO COPELLO, P., «El modelo de protección

Además, si afirmamos que se protege un bien jurídico individual, una interpretación coherente traería consigo que, en tanto el tenor literal del Protocolo castiga «la facilitación de la entrada ilegal de *una* persona» (cursivas nuestras), haya que condenar por cada persona cuya entrada ilegal se facilita, lo que no parece responder a la voluntad del legislador. Este modo de ver las cosas permite advertir que sólo en los tipos agravados se incluyen conductas generadoras de, al menos, una puesta en peligro de los bienes personales de los migrantes (art. 6.3). Estos no informan el tipo básico, sino que se toman en cuenta exclusivamente como circunstancia agravante.

De modo similar, podríamos pensar que nos encontramos ante un delito pluriofensivo con dos objetos de protección concurrentes. Por un lado, y con base en el principio de soberanía estatal heredero de la Paz de Westfalia, podríamos identificar el derecho de los Estados a controlar los flujos migratorios hacia su territorio y todo aquello que por ello se puede ver amenazado, esto es, la protección del orden social, cultural y económico de una determinada sociedad. Por otro lado, simultáneamente se podrían estar protegiendo los derechos de los migrantes tanto por el trato y las condiciones recibidas durante el tránsito, al preverse dichas circunstancias agravantes en el art. 6.3 del Protocolo²⁵, como por el tránsito en sí mismo, convirtiendo en muchas ocasiones al migrante en mera mercancía, cosificando su persona y siendo colocado en una situación de absoluta vulnerabilidad, expuesto al circunstancial parecer de los miembros de la organización criminal²⁶.

Sin embargo, esta interpretación que ve el delito de tráfico de personas como un delito pluriofensivo conlleva las mismas consecuencias

penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos», en Cancio Meliá, M., Pozuelo Pérez, L. (Coord.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Civitas, Madrid, 2008, p. 236, critica que en la definición de la conducta punible «la voluntad del transportado, su mayor o menor libertad de decisión en el caso concreto, no juega papel alguno»; RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, p. 103, añade desde la perspectiva del bien jurídico «derechos de los ciudadanos extranjeros» que el consentimiento es irrelevante por ser derechos irrenunciables.

²⁵ De acuerdo con el art. 6.3 se considerarán circunstancias agravantes que se «ponga en peligro o pueda ponerse en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o [se] dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación».

²⁶ A favor de una interpretación en este sentido, ESCOBAR VEAS, J., «El ánimo de lucro en el delito de tráfico de migrantes: análisis crítico de la legislación europea», *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 46, 2019, p. 7, además de proteger la política migratoria del Estado, sería «un delito de peligro abstracto, destinado a proteger los derechos de los migrantes: su integridad física y patrimonio. Tal peligro surge, entre otros, de la particular situación de vulnerabilidad en que se encuentra el migrante, de las condiciones en que comúnmente se lleva a cabo el transporte y en su explotación patrimonial»; MAYORDOMO RODRIGO, V., «Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, p. 329.

rechazables que dificultan la admisión de un único bien jurídico individual.

Sentado lo anterior, parece más adecuado mantener que el bien jurídico protegido es únicamente el control de los flujos migratorios de manera inmediata y, mediatamente, el orden socioeconómico y cultural en un determinado Estado²⁷. El primer argumento para extraer esta conclusión procede de la literalidad del art. 2 del Protocolo, rubricado «finalidad», donde se expresa que su propósito es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte. El Protocolo reconoce en su art. 2 que también se persigue la protección de los derechos de los migrantes pero, y esto solo en la versión española, en tanto «objeto» de dicho delito y no como colectivo de víctimas o sujetos pasivos del mismo²⁸. Y, segundo, no está claro qué derechos de los migrantes se estarían protegiendo y si esta tutela se refiere al estatuto del extranjero regular en el Estado parte o a los derechos que el ahora migrante tenía reconocidos en su Estado de procedencia.

3. En conclusión, lo importante del Protocolo es interiorizar que el delito de tráfico de personas no consiste en el mero favorecimiento de la inmigración irregular. El «tráfico» debe ser entendido *stricto sensu*, ya que se exige que concurra ánimo de lucro (en sentido amplio) y, además, por el instrumento contra la criminalidad organizada en el que se ubica, que la conducta se haya cometido actuando desde una organización criminal.

En el tipo básico que configura el Protocolo el migrante no es sujeto pasivo, constituido por el Estado de entrada o tránsito, sino objeto material del delito, porque es aquello sobre lo que la acción recae. Para esta normativa el traslado es inseparable del migrante irregular. El traslado es disvalioso por la situación de irregularidad administrativa de la persona cuyo transporte se favorece y por su finalidad lucrativa.

No creemos que la obligación de tipificar que recoge el Protocolo represente un uso desproporcionado del Derecho penal que tensione su legitimidad. El ejercicio de soberanía estatal que constituye la política

²⁷ En este sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, 2008, p. 8; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El Derecho penal como herramienta*, p. 49, «la norma dispuesta por el Protocolo no parece ir destinada a proteger a los extranjeros objeto del desplazamiento»; PÉREZ ALONSO, E.J., «Regulación internacional y europea sobre el tráfico», p. 39.

²⁸ PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2004, p. 65, entiende que el bien jurídico protegido por el Protocolo son «los intereses del territorio de un Estado-parte»; por su parte, el art. 4 del Protocolo en su versión original en inglés y en la española también se refiere a los migrantes como «objeto» del delito.

migratoria es un bien jurídico colectivo y, pese a que en un sistema pre-sidido por el individualismo normativo se le atribuye menor prioridad axiológica, en estos casos los Estados parte se protegen frente a las modalidades de ataque más graves, ya que, a diferencia de los comportamientos que a veces se tipifican en el ámbito interno, estas conductas sí pueden ser aptas para desplazar a miles de personas en un breve periodo de tiempo.

Veamos, a continuación, la normativa en el ámbito de la Unión Europea y las características que la diferencian del Convenio de Palermo.

2.2. *Ámbito de la Unión Europea*

1. Mencionado el plano normativo universal en la materia, nos dirigimos ahora a analizar el tratamiento del tráfico y ayuda a la inmigración irregular en el ámbito regional de la Unión Europea. Del mismo modo que señalamos para la ONU, los Estados de la UE empezaron a admitir la necesidad de una política conjunta contra la criminalidad organizada y la gestión de los flujos migratorios durante los años noventa. Aunque la podemos considerar como una preocupación en formación durante los años precedentes²⁹, generalmente se indica como punto de partida las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere (1999), que puso de manifiesto la necesidad «de que se gestionen de forma más eficaz los flujos migratorios en todas sus etapas» (par. 22). Este asunto ha merecido atención e impulso posteriormente, con programas como el denominado «Programa de La Haya» (2004)³⁰ y el «Programa de Estocolmo» (2009).

Ha sido durante la última década cuando el fenómeno migratorio ha exigido una mayor atención de los Estados de la UE por su especial intensidad, impulsado por la desestabilización de Estados como Siria, Iraq, Yemen o Ucrania, la amenaza del terrorismo islamista y el estancamiento económico³¹. Entre otros hitos, en 2015 se aprobó la «Agenda

²⁹ CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., «El Derecho español ante la inmigración: un estudio político-criminal», en Zamora Jiménez, A. (Dir.), *Estudios Penales y Política Criminal*, Ángel Editor, México, 2006, n. 18, señalan la Comunicación de la Comisión al Consejo y al PE sobre la política de inmigración y derecho de asilo, de 16 de octubre de 1995, la Recomendación del Consejo, de 22 de diciembre de 1995, sobre armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales, y la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 1997, sobre inmigrantes clandestinos, entre otras; también, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», *Revista Penal*, núm. 14, 2004, pp. 184-185; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas*, pp. 94 y ss.

³⁰ PÉREZ ALONSO, E.J., «Regulación internacional y europea sobre el tráfico», p. 47.

³¹ GOIG MARTÍNEZ, J.M., «La política común de inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los Tratados de Roma (o la historia de un fracaso)», *Revista de*

Europea de Migración»³² que ha dado lugar a la puesta en marcha de nuevas iniciativas de diversa naturaleza (consolidación de programas de desarrollo en los países de origen y tránsito, actividades de control y defensa de las fronteras, repatriaciones voluntarias y forzosas o en materia de asilo) con la movilización de cuantiosos recursos³³.

En particular, la Agenda Europea de Migración se propuso el objetivo de lograr que el tráfico ilícito de migrantes dejase de ser un tipo de operación «de bajo riesgo y alto rendimiento» para convertirse en un tipo de actividad «de alto riesgo y bajo rendimiento»³⁴. Con este objetivo en mente, se aprobó el «Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015-2020)» y, más recientemente, se ha adoptado el «Plan de Acción renovado de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2021-2025)». Ambos planes proponen combinar el control de las fronteras y la lucha contra las organizaciones que se lucran a través de esta actividad con la protección de los migrantes de cuya situación de vulnerabilidad se aprovechan³⁵. No obstante, con carácter general, podemos afirmar que se ha mantenido una política migratoria bastante defensiva difícilmente coherente en algunos puntos con los principios declarados y que informan la Unión Europea³⁶.

Derecho de la Unión Europea, núm. 32, 2017, p. 97, enfatiza que «seis cumbres sobre migración ha celebrado ya la UE entre 2015 y 2016. Y, sin embargo, la solución a la crisis de los refugiados aún parece lejana».

³² Comisión Europea, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea de Migración», Bruselas, 2015 [COM(2015)240final].

³³ Comisión Europea, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración», Bruselas, 2019 [COM(2019)126final], p. 10, se señala que en la lucha contra las redes de tráfico «en Níger, los equipos de investigación conjunta en los que participan autoridades nigerianas, francesas y españolas han propiciado la incoación de más de 200 acciones penales».

³⁴ Comisión Europea, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una agenda europea de migración», Bruselas, 13 de mayo de 2015, p. 10, (COM(2015) 240 final).

³⁵ Particularmente novedosa es la denuncia que hace el último Plan de Acción, en el que también se acusa a terceros Estados de instrumentalizar la inmigración «con fines políticos». Sorprende que solo se señale expresamente a Bielorrusia (p. 6).

³⁶ GOIG MARTÍNEZ, J.M., «La política común de inmigración en la Unión Europea», p. 87; BARBERO GONZÁLEZ, I., «Lectura contemporánea del régimen de frontera en Europa: un coste inhumano», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 46, 2017, «el coste humano aunque siempre ha sido elevado, hoy en día es excesivo y dramático, inhumano si cabe»; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿hasta dónde estamos dispuestos a llegar?», *InDret*, núm. 3, 2009, p. 8, «los movimientos migratorios se han convertido en el talón de Aquiles de los derechos humanos»; GONZÁLEZ VEGA, J. A., «¿Pero realmente existe una política europea de inmigración?», *Eikasia. Revista de Filosofía*, año II, núm. 10, 2007, p. 51, «los intentos por regular —o más bien yugular— la inmigración nos enfrentan a la postre a lo que constituye una negación de las libertades que [la] UE aspira a asegurar».

2. La versión actual del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) prevé expresamente la asunción de esta materia como competencia compartida con los Estados miembros³⁷.

Si queremos partir de las bases competenciales vigentes, debemos recordar que el art. 3.2 TUE establece que «la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de *control de las fronteras exteriores*, asilo, *inmigración* y de prevención y lucha contra la *delincuencia*» (curativas nuestras). En desarrollo del mismo, el art. 4.2 j) TFUE prevé como competencia compartida el denominado espacio de libertad, seguridad y justicia y, entre sus manifestaciones, el Título V TFUE contiene un Capítulo II rubricado «Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración», cuyo art. 79.1 señala que «la Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios»³⁸. También su Capítulo IV, rubricado «Cooperación judicial en materia penal», describe en el art. 83 la posibilidad de aproximar las legislaciones penales en los ámbitos delictivos caracterizados por su especial gravedad y dimensión transfronteriza, así como cuando sea necesario para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en ámbitos ya armonizados³⁹.

Junto con este Derecho originario resultante del Tratado de Lisboa, debemos mencionar también el denominado «acervo de Schengen», concebido inicialmente al margen de las entonces Comunidades Europeas e incorporado dentro de la Unión a partir del Tratado de Ámsterdam como una cooperación reforzada⁴⁰. El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen recoge en su art. 3.2 que los Estados «se comprometen a fijar sanciones que penalicen el cruce no autorizado de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas» y en su art. 27.1 señala que los Estados «se comprometen a establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o a permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando la legislación de dicha Parte contratante sobre entrada y estancia de extranjeros».

³⁷ Sobre la progresiva asunción por la UE de competencias en materia penal hasta el vigente Tratado de Lisboa, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, pp. 164-184.

³⁸ La evolución sobre los precedentes del espacio de libertad, seguridad y justicia y su actual regulación se puede ver en MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pp. 85 y ss.

³⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, pp. 169 y ss.

⁴⁰ Un resumen sobre las vicisitudes de esta incorporación se puede ver en MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, pp. 113 y ss.

De este modo, podemos afirmar que la regulación del delito de tráfico de personas y de ayuda a la inmigración irregular que encontramos en nuestra legislación nacional procede, en buena medida, de las orientaciones del legislador de la Unión, aunque no pueda hablarse todavía de una política europea integral en materia de migración⁴¹. Pese a ello, una primera aproximación al ordenamiento de la UE nos muestra una ingente producción normativa que aborda el fenómeno migratorio desde distintas perspectivas⁴².

3. Acotando nuestro objeto de estudio a la criminalización del tráfico de personas, lo primero que debemos señalar es que, del mismo modo que en el plano internacional, también la normativa de la UE lo ha disociado del delito de trata de personas.

En cuanto al marco normativo, la orientación que impulsa el Consejo Europeo de Tampere, continuada en sucesivos encuentros como el de Sevilla, se materializó en la aprobación de la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre, «destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares». Esta Directiva fue complementada por la Decisión Marco 2002/956/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, «destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares». Desde 2002 estos instrumentos se han mantenido estables y en vigor, aunque contamos con nueva normativa que, en su objetivo por controlar los flujos migratorios, ha impuesto obligaciones «tipificadoras» adicionales a los Estados miembros⁴³.

⁴¹ MIRÓ LLINARES, F., «Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, 2008, p. 3, «la Unión Europea, pues, tan sólo establece una serie de competencias de naturaleza compartida entre ella y sus Estados miembros que configuran una política de mínimos», ahora bien «el aspecto de la política migratoria que más acuerdo obtiene por parte de los Estados miembros [es] la lucha contra la inmigración ilegal»; para GONZÁLEZ VEGA, J. A., «El control de la inmigración irregular en España: compromisos y desarrollos», *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 111, 2015, p. 177, esta competencia compartida «genera un auténtico círculo perverso a la hora de plantearse toda tentativa de actuación por parte de la UE».

⁴² Entre otras, Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales extranjeros de terceros países; Directiva 2004/82/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de personas transportadas; Directiva 2008/115/CE del PE y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; Directiva 2009/52/CE del PE y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; o Directiva 2011/36/CE del PE y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

⁴³ Baste señalar la Directiva 2009/52/CE del PE y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales

La Directiva 2002/90/CE impone a los Estados la obligación de tipificar como delitos una serie de comportamientos cuyo alcance es superior al que acabamos de señalar en el Protocolo adicional al Convenio de Palermo⁴⁴. El considerando número 2 de la Directiva anticipa que es preciso «combatir la ayuda a la *inmigración clandestina*», ahora bien, «tanto la que se refiere al *cruce irregular* de la frontera en sentido estricto como la que se presta para alimentar las redes de explotación de seres humanos» (cursivas nuestras). De este modo, el término empleado ya no es tráfico de personas sino «inmigración clandestina», a saber, la mera ayuda o favorecimiento al cruce irregular de fronteras.

El art. 1 de la Directiva 2002/90/CE recoge las conductas típicas que los Estados de la UE deben trasponer en sus ordenamientos internos.

En el art. 1.1 apartado a) se castiga a «cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a *entrar* en el territorio de un Estado miembro o a *transitar* a través de este, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros» (cursivas nuestras). Como vemos, las modalidades de conductas subsumibles en este primer apartado son la ayuda a la entrada y el tránsito de ciudadanos extranjeros vulnerando la respectiva legislación de un Estado miembro, sin exigirse ánimo de lucro ni que el sujeto activo pertenezca a una organización criminal⁴⁵. En cuanto al tipo subjetivo, queda reforzado por el término «intencionadamente», lo que se entiende como excluyente del dolo eventual. Ahora bien, en sintonía con lo señalado en la normativa universal, el art. 1.2 de la Directiva permite a los Estados no imponer sanciones por las anteriores conductas cuando su objetivo «sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate». Como veremos, esta posibilidad fue olvidada por el legislador español hasta la reforma operada por LO 1/2015.

Por su parte, el art. 1.1 apartado b) impone la adopción de sanciones «contra cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de

de terceros países en situación irregular, la cual ha dado lugar al art. 311 bis CP. No obstante, como recoge MUÑOZ RUIZ, J., «La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18, 2016, p. 5, «permite a los Estados miembros no sancionar la prestación de asistencia —para la presentación de denuncia— a inmigrantes ilegales que han sido presuntamente víctimas de un delito de explotación laboral» ex art. 13.3.

⁴⁴ Así, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El Derecho penal como herramienta*, p. 50, «la UE propone una prohibición de la promoción de la inmigración clandestina más severa que la ONU»; CABEZAS VICENTE, M., «El control penal de la inmigración irregular», p. 54, «la Unión Europea, siguiendo una política migratoria cada vez más restrictiva, ha desarrollado una legislación comunitaria muy amplia y severa... alejándose de la concepción de tráfico como negocio propugnada por Naciones Unidas».

⁴⁵ LAURENZO COPELLO, P., «El modelo de protección penal de los inmigrantes», pp. 236-237, «nada impide que los derechos e intereses del inmigrante no se hayan visto comprometidos en modo alguno por las condiciones del traslado».

lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a *permanecer* en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros» (cursivas nuestras). En este caso, la conducta sancionada es la ayuda a permanecer con un elemento subjetivo adicional, la concurrencia de ánimo de lucro. A diferencia de la ayuda a la entrada o al tránsito, en estos casos la Directiva no recoge la posibilidad de que la legislación nacional excluya la pena por razones humanitarias, ni se exige que previamente el autor haya contribuido a la vulneración de la normativa de entrada.

Asimismo, y con el objetivo de evitar lagunas de punibilidad, el artículo 2 señala que los Estados «adoptarán las medidas necesarias» para velar por que se sancionen los casos de inducción, participación y tentativa de las tres conductas contempladas en el artículo 1 y que acabamos de mencionar⁴⁶.

En cuanto a las sanciones, el artículo 3 remite a la DM 2002/946/JAI y se limita a señalar que deben ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias». En este sentido, la DM 2002/946/JAI prevé la aplicación de penas privativas de libertad acompañadas de medidas como el decomiso, la prohibición de ejercer la actividad profesional en cuyo ejercicio se cometió la infracción y la expulsión (art. 1), así como sanciones a las personas jurídicas (art. 3).

Merece la pena anotar que el art. 1.3 DM 2002/946/JAI impone un límite de mínimos. Cuando la entrada o tránsito, así como su inducción, se cometa con ánimo de lucro y el autor pertenezca a una organización delictiva o se haya puesto en peligro la vida o integridad de los migrantes, entonces la pena de prisión no podrá tener un límite máximo inferior a ocho años.

4. En definitiva, la normativa europea impone la regulación interna del delito de favorecimiento o ayuda a la inmigración irregular, complementando el tráfico de personas previsto en el Protocolo adicional al Convenio de Palermo. Esta regulación se contiene en dos instrumentos que permanecen estables desde hace más de dos décadas, a saber, la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946/JAI.

⁴⁶ Art. 2 Directiva 2002/90/CE: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que las sanciones contempladas en el artículo 1 se impongan, asimismo, a cualquier persona que: a) sea instigadora de alguna de las infracciones mencionadas en las letras a) o b) del apartado 1 del artículo 1; o b) sea cómplice de algunas de esas infracciones; o c) intente cometer alguna de esas infracciones».

3. El delito de tráfico de personas en la normativa y en la práctica jurisprudencial española

1. A continuación nos adentramos en la normativa interna que regula el delito de tráfico de personas, para lo que abordaremos: primero, su delimitación frente a otras figuras delictivas como la trata de seres humanos y la ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular; segundo, el bien jurídico protegido; tercero, los elementos del tipo objetivo y subjetivo; cuarto, las modalidades agravadas; quinto, la modalidad atenuada; y, finalmente, la posibilidad de aplicar la excusa absolutoria de ayuda humanitaria.

3.1. *Distinción frente a otras figuras delictivas: trata de seres humanos y ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular*

1. El tráfico de personas (*smuggling of migrants*) recibe un creciente eco mediático y, a veces, podría llegar a confundirse con otras realidades delictivas conectadas con el mismo y con las que guarda algunas similitudes. Esta situación aconseja que diferenciemos, en este epígrafe, el delito de tráfico de personas de dos figuras delictivas con las que comparte, no solo recorrido legislativo, sino también realidad criminológica⁴⁷, a saber, el delito de trata de personas (*trafficking in persons*) y el delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular. La realidad práctica revela que la aceptación del traslado o el inicio de procesos migratorios para mejorar las expectativas vitales de los involucrados es una nota común a las tres figuras delictivas.

En el caso de la trata, nos encontramos ante un fenómeno delictivo que se caracteriza por la cosificación de la víctima (sea o no extranjera). Las sentencias que condenan por ambos delitos al mismo tiempo son numerosas, ya que la movilidad geográfica favorece el desarraigo y la vulnerabilidad de la víctima de trata, lo que facilita su posterior explotación⁴⁸. A la vista de esta proximidad casuística, el propio art. 177 bis 9 CP aclara

⁴⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La nueva directiva europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-14, 2011, p. 4, «pese a constituir el fenómeno de la trata y de la emigración realidades distintas, no puede desconocerse su íntima conexión».

⁴⁸ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 170. Son habituales los supuestos en los que se realiza una oferta fraudulenta de trabajo a personas en los países de origen que, engañadas, aceptan para mejorar sus condiciones de vida. El tránsito se produce de manera ilegal y, finalmente, una vez en nuestro país, son explotadas. Por ejemplo, la STS 396/2019 de 24 julio, confirma la condena por ambos delitos en un asunto similar con respecto a mujeres nigerianas.

que son comportamientos distintos y que no nos encontraríamos ante un concurso aparente de leyes, sino ante la aplicación simultánea de ambas figuras a través del concurso de delitos⁴⁹: «En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código».

En cuanto al delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular, como hemos apuntado, se trata de una figura delictiva casi idéntica al tráfico de personas. Comparte sus elementos del tipo objetivo y solo se diferencia en el elemento subjetivo del injusto, ya que en el primero no se exige la concurrencia de ánimo de lucro. Pese a que la distinción reside en un único elemento, este resulta muy relevante porque permite diferenciar entre aquellos que altruista o desinteresadamente ayudan a un extranjero al cruce irregular de fronteras y aquellos que hacen negocio de la desesperación de quienes ven obstaculizados sus proyectos migratorios y convierten esa ayuda en una actividad económica profesional. En consecuencia, habitualmente se pone en duda la legitimidad del delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular, pero no del tráfico de personas⁵⁰.

En este epígrafe presentamos una aproximación a ambas figuras y tratamos de dejar delimitados sus contornos, para diferenciarlas con claridad y evitar confusiones en el ulterior análisis del delito de tráfico de personas.

2. En primer lugar, nos ocupamos del delito de trata de personas. Como ha puesto de manifiesto Villacampa Estiarte, estamos ante una figura delictiva cuya incriminación se ha dictado desde el ordenamiento internacional, por lo que resulta necesario aludir al mismo para explicar sus notas configuradoras⁵¹. En lo que sigue exponemos los elementos que caracterizan la trata y aquello que la diferencia del delito de tráfico de personas.

2.1. La configuración contemporánea del delito de trata de seres humanos encuentra su marco legal en el plano universal también en uno de

⁴⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata*, p. 170.

⁵⁰ Me he mostrado crítico en DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? Aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular», *Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, p. 181, con la «voluntad de criminalización totalizadora» del legislador europeo y español.

⁵¹ En este sentido, ya lo anuncia el subtítulo de la monografía de VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011; *la misma*, «El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, p. 821, «a dicha incriminación venía obligada España como consecuencia de los compromisos asumidos en documentos emitidos a nivel internacional o regional en cuya elaboración se ha intervenido».

los protocolos adicionales del Convenio de Palermo, denominado Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, adoptado el 15 de noviembre de 2000. Este Protocolo ofrece un enfoque renovado del delito de trata de personas, porque aún a dos nociones que hasta entonces reflejaban realidades distintas. Por un lado, la tradicional *trata de esclavos*, que normalmente se asociaba a los fines de explotación laboral y, por otro lado, la denominada *trata de blancas*, que se empleaba para aludir a supuestos de explotación sexual⁵².

El art. 3 a) del Protocolo construye el delito de «trata de personas» sobre tres pilares, que son (i) un determinado tipo de acción, (ii) el medio comisivo y (iii) la finalidad perseguida.

Las acciones y los medios empleados forman parte del *tipo objetivo*, de aquella dimensión del hecho exteriorizada. Las *acciones* típicas son la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas⁵³. Los *medios comisivos* pueden ser el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra⁵⁴. Se presume *iuris et de iure* que la concurrencia de estos medios comisivos vicia de manera absoluta el consentimiento que la víctima haya podido prestar (art. 3 b).

En cuanto al tipo subjetivo, se entiende que solo cabe dolo directo, ya que el art. 5 emplea el término «intencionalmente». Y, como elemento subjetivo del injusto, la trata se caracteriza por la *finalidad* persegui-

⁵² VALVERDE CANO, A.B., *Más allá de la trata: el derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 205, «son figuras conceptualmente distintas que se unen por primera vez en las negociaciones del Protocolo de Palermo sobre trata de seres humanos»; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, p. 34; LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata de seres humanos», en del CARPIO DELGADO, J., GARCÍA ÁLVAREZ, P. (Coords.), *Derecho Penal: la espada y el escudo de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 63-64.

⁵³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de trata de personas», p. 843, «el sentido que puede otorgarse a la mayor parte de conductas típicas no plantea sustanciales problemas interpretativos», aunque menciona «que la captación requiere algo más que la mera oferta de cualquier tipo de trabajo, servicio de traslado o actividad apetecible a las víctimas de la trata, exigiéndose algún tipo de resultado intermedio, esto es, el cierre de alguna suerte de acuerdo o contrato que al menos aparentemente obligue al tratado».

⁵⁴ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 178-179, distingue en atención a los medios comisivos entre trata forzada, trata fraudulenta y trata abusiva; VALVERDE CANO, A.B., *Más allá de la trata*, p. 227, aclara que el último medio, «más que un medio comisivo, es una acción que consiste en la transmisión del control de una persona, y que integraría conductas como la venta, cesión, arrendamiento, trueque de la víctima o la adopción ilegal».

da. La realización de tales acciones y el empleo de los medios comisivos anotados habrá de hacerse con la finalidad de *explotación*. El Protocolo señala que los Estados deberán prever en su legislación nacional, como mínimo, los fines de explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos⁵⁵.

El delito de trata queda consumado cuando se realizan dolosamente las acciones descritas, empleando los medios comisivos enunciados y con alguna de las finalidades de explotación apuntadas. Si posteriormente tiene lugar la efectiva explotación de la víctima, estos hechos serán constitutivos de una figura delictiva autónoma que habrá que aplicar en concurso de delitos con la trata⁵⁶.

El art. 3 c) brinda una protección reforzada a los menores y señala que el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de un menor de edad con fines de explotación se considerará «trata de seres humanos», aunque no se recurra a ninguno de los medios comisivos señalados⁵⁷. En estos supuestos tiene lugar por definición el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el menor, por lo que no es necesario acreditar el empleo de los medios comisivos coercitivos, fraudulentos o abusivos dirigidos a los adultos⁵⁸.

Asimismo, es importante anotar que, en la medida en que estamos ante un Protocolo que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el art. 4 del mismo incorpora dos elementos del tipo adicionales a la definición de trata, a saber, que estemos ante comportamientos de carácter transnacional y que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado. Ahora bien, aunque la configuración que el Protocolo ofrece del delito de trata

⁵⁵ VALVERDE CANO, A.B., *Más allá de la trata*, pp. 221 y ss.

⁵⁶ Así lo apunta la STS 845/2021, de 4 noviembre, en un asunto en el que jóvenes transexuales de Venezuela fueron engañados y convencidos de venir a España. Una vez aquí fueron coaccionados a ejercer la prostitución en una situación precaria, «con plena disponibilidad todos los días de la semana, con una deuda arbitraria que aumentaban continuamente por diferentes conceptos, sin poder salir de casa libremente, sometidos a un control permanente, siéndoles retirados sus teléfonos personales y documentación, debiendo consumir drogas con los clientes si éstos así lo pedían, ...». Uno de los motivos de casación es la incorrecta aplicación del concurso medial entre el delito de trata y el delito de prostitución coactiva, a lo que el TS responde de la siguiente manera: «De la lectura del art. 177 bis 1 CP resulta que una de las finalidades típicas es la explotación sexual, siendo doctrina de esta Sala que la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta cuando llega a tener lugar efectivamente dicha explotación, optándose, como regla general, en los casos de concurso entre este delito y los relativos a la prostitución, por la solución del concurso medial de delitos» (FJ 1).

⁵⁷ El Protocolo establece en el apartado d) que se entiende por menor toda persona de edad inferior a dieciocho años.

⁵⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, p. 39.

se ha extendido posteriormente a otras codificaciones, no se ha exigido el mencionado carácter transnacional y la participación de un grupo delictivo organizado⁵⁹.

En el ámbito del Consejo de Europa, se aprobó en 2005 el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos o Convenio de Varsovia, que en su art. 39 señala que «tiene la finalidad de reforzar la protección ofrecida por el Protocolo y desarrollar las normas contenidas en el mismo». Las diferencias en la definición del delito de trata son mínimas, ya que emplea prácticamente los mismos elementos del tipo que la versión del Protocolo. En cuanto a las *acciones*, en la versión española en vez de los sustantivos «captación», «traslado» y «acogida», se emplean los términos «reclutamiento», «transferencia» y «alojamiento». En los *medios comisivos* se usan los términos «secuestro» y «abuso de autoridad», en vez de «rapto» y «abuso de poder». Y en cuanto a los fines de explotación son similares, únicamente se habla de «extirpación», en vez de «extracción de órganos». Como vemos, la estructura del tipo objetivo y subjetivo es idéntica y la terminología empleada también, acudiendo a sinónimos⁶⁰.

En la Unión Europea entró en vigor hace más de una década la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Esta Directiva complementa la tradicional aproximación «criminocéntrica», que busca armonizar la legislación penal de los Estados miembros, con una visión más «victimocéntrica» de la trata, que exige que las administraciones públicas de los Estados miembros ofrezcan medidas de prevención, protección y asistencia a las víctimas⁶¹. En cuanto a la persecución y tipificación del delito, su redacción sigue la estela del Protocolo y el Convenio de Varsovia, aunque se introducen algunas especificaciones. El art. 2.2

⁵⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, p. 37, «la definición que de la misma contiene el Protocolo anejo a la Convención de Palermo continúa siendo perfectamente actual».

⁶⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, pp. 197-198, destaca como novedad del Convenio de Varsovia el antecedente de la actual excusa absolutoria del art. 177 bis 11 CP, a saber, «la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello»; *la misma*, «El delito de trata de personas», p. 832, más genéricamente pone de manifiesto que el Convenio de Varsovia «pretende no solo conseguir la armonización punitiva, sino especialmente declarar que la trata de personas constituye un atentado de primera magnitud contra los derechos humanos, debiendo garantizarse un estándar mínimo de protección de los derechos de las víctimas».

⁶¹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata*, p. 51, la Directiva 2011/36/UE «se centra principalmente en la protección o reparación del sujeto pasivo»; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La nueva directiva europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos», p. 25, su aprobación «debe verse como un exponente a tomar en consideración junto a otros instrumentos adoptados recientemente por la UE que abundan en la idea de la aproximación a la trata de personas desde los derechos humanos», con otras palabras, adopta «una perspectiva holística en el abordaje de dicho fenómeno» (p. 33).

aclara qué se ha de entender por la situación de vulnerabilidad de la que se aprovecha el tratante: «existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso». Y el art. 2.3 incluye la mendicidad como modalidad de trabajo forzado⁶².

En el ámbito interno, nuestra normativa fue muy deficiente hasta la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, porque mezclaba elementos de la trata y del tráfico de personas y subordinaba el castigo de la primera a la «contravención» de la normativa de extranjería⁶³. En la primera versión del CP de 1995 se castigaba una suerte de trata con fines de explotación laboral en los arts. 312 y 313, pero exigiendo el elemento transnacional o cruce irregular de fronteras. La LO 11/1999, de 30 de abril, incorporó en el art. 188.2 la trata de personas con finalidad de explotación sexual, pero también en el contexto del tráfico internacional de personas. Tras la reforma operada por la LO 4/2000, de 11 de enero, se reguló autónomamente el delito de tráfico de personas en el art. 318 bis CP, y de manera extraña se integró como subtipo agravado el empleo de los medios comisivos de la trata, sin referencia a la finalidad de explotación.

A partir de la reforma realizada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se incorpora al art. 318 bis una especie de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, pero sin necesidad del recurso a los medios comisivos característicos de la misma, los cuales se preveían como modalidad agravada⁶⁴. Con otras palabras: se regulaba la ayuda a la inmigración irregular y esta podía verse a su vez agravada por el ánimo de lucro (tráfico de personas), por la finalidad perseguida (explotación sexual) y por los medios comisivos empleados. Este tratamiento en un único precepto y su ubicación sistemática, entre delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, se mostraba también contrario al auténtico desvalor del delito de trata, que afecta a bienes jurídicos de naturaleza individual. Además, la regulación no aludía a todos los fines de explotación posibles, como los trabajos forzados, dejando a un lado nuestros compromisos internacionales en la materia⁶⁵.

⁶² DE LA MATA BARRANCO, N.J., «Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23, 2021, p. 11, ya el considerando undécimo incluye la mendicidad como un tipo de trabajo forzado.

⁶³ LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata», p. 82.

⁶⁴ LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata», pp. 71 y ss., el legislador español olvidó que «estos conceptos se iban separando».

⁶⁵ La versión del art. 318 bis 2 CP previa a la tipificación autónoma de la trata rezaba de la siguiente manera: «Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión».

La LO 5/2010, adelantándose a la Directiva 2011/36/UE, crea el nuevo título VII bis en nuestro CP que se rubrica «De la trata de personas» e incorpora un único artículo, el 177 bis, el cual traslada en buena medida a nuestra legislación lo señalado en la normativa internacional. De hecho, la regulación española actual llega a ir un paso más allá e incluye como finalidad de explotación la celebración de matrimonios forzados⁶⁶.

2.2. Una vez hemos identificado el concepto normativo de la trata de seres humanos, procede mencionar los elementos que la diferencian del tráfico de personas. Se podrían agrupar de la siguiente manera.

En primer lugar, en cuanto al *bien jurídico protegido*, una interpretación literal de los elementos del tipo y una interpretación sistemática de la ubicación del precepto, inmediatamente después del título VII «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», conducen a la conclusión ampliamente aceptada de que la trata de seres humanos protege un bien jurídico de naturaleza individual⁶⁷. En cuanto a su precisión, se ha aludido tanto a la dignidad de las personas, como a la libertad e integridad moral en tanto concreción de aquella⁶⁸. En cambio, como vere-

⁶⁶ Pese a la tipificación autónoma del delito de trata de personas tras la reforma de 2010, VALLE MARISCAL DE GANTE, M., «Tráfico ilícito de migrantes y trata de seres humanos: ¿realidades divergentes o convergentes?», en Fernández Cabrera, M., Fernández Díaz, C.R. (Dirs.), *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*, Iustel, Sevilla, 2022, pp. 419 y ss., pone de manifiesto acertadamente la permanencia de una «visión trafiquista» en la configuración del mismo, lo que se revela, entre otros indicios, por la referencia en el tipo al territorio español: para nuestro legislador esta figura también haría las veces de «escudo protector» de nuestras fronteras.

⁶⁷ Esto ha traído consigo que el Tribunal Supremo, en Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional, de 31 de mayo de 2016, afirmara que este delito «obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real».

⁶⁸ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata*, p. 78, señala como bien jurídico la dignidad y afirma que «la persona se convierte en víctima de trata en tanto en cuanto se ejercen sobre ella los atributos del *derecho de propiedad*»; LLORIA GARCÍA, P., «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, p. 374; LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata», p. 64; VALLE MARISCAL DE GANTE, M., «Tráfico ilícito de migrantes y trata de seres humanos», p. 418, «en el delito de trata de seres humanos se atenta contra la dignidad de la persona puesto que conlleva despojar a la víctima de la capacidad de decidir sobre sus bienes y derechos más importantes»; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, pp. 396 y ss., se muestra a favor de interpretar que el bien jurídico protegido es exclusivamente la dignidad humana, ya que, además de la interdicción de instrumentalizar al hombre, el concepto positivo de dignidad humana abarca otros derechos que se pueden ver menoscabados por la trata, como la integridad, la libertad individual o la igualdad formal; *la misma*, «El delito de trata de personas», pp. 837-838; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Trata de seres humanos y criminalidad organizada: problemas de política criminal desde los derechos humanos», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVIII, 2018, p. 398, «el bien jurídico no es la libertad, es la dignidad como derecho humano básico del que emanan los demás derechos fundamentales»; cfr. BERASALUZE GERRIKAGOITIA, L., «Delimitación conceptual del bien jurídico en el delito de trata de seres humanos en el tipo básico recogido en el art. 177 bis CP contra mayores de edad: entre la dignidad, la integridad moral, la libertad o la

mos con más detenimiento *infra*, el delito de tráfico de personas protege en su modalidad básica un bien jurídico de naturaleza colectiva como es la política migratoria del Estado⁶⁹.

En segundo lugar, mientras el *tránsito ilícito entre fronteras* estatales es inherente al delito de tráfico de personas, en el que el núcleo del injusto reside en la vulneración de la normativa administrativa de entrada y salida del territorio nacional, el elemento transnacional no forma parte de los elementos del tipo de la trata de personas⁷⁰. Es cierto que, en la práctica, es habitual que nos encontremos ante ciudadanos extranjeros que aceptan iniciar un traslado entre países o proceso migratorio para mejorar sus condiciones de vida, pero dicho traslado transnacional e irregular no es un requisito legal o elemento del tipo de la trata. También cabe la trata nacional.

En tercer lugar, en el delito de tráfico de personas el migrante presta su *consentimiento* válidamente a la puesta en marcha del traslado o transporte, mientras que en el delito de trata de seres humanos el consentimiento prestado durante la captación, el traslado o la acogida está viciado a causa de los medios empleados para su obtención⁷¹.

En cuarto lugar, íntimamente unido a lo anterior, esto significa que el migrante irregular no es *víctima* del delito de tráfico de personas, sino objeto material del mismo, mientras que la persona sobre la que recae la trata de seres humanos es el sujeto pasivo del delito, la víctima, a la que se cosifica e instrumentaliza⁷².

pluriofensividad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022, p. 21, descarta como bien jurídico la dignidad y considera que «estos se circunscriben a la integridad moral y la libertad».

⁶⁹ Sobre el bien jurídico protegido: DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria?, pp. 172 y ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata», p. 104.

⁷⁰ VALVERDE CANO, A.B., *Más allá de la trata*, p. 222; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, p. 38, se «requiere un cambio de ubicación en el espacio físico de la víctima que no necesariamente debe ser transnacional y que además, en caso de serlo, no requiere del cruce ilegal de fronteras».

⁷¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, p. 45, «la migración ilegal es siempre una actividad que se realiza contando con la anuencia de la persona traficada... En el caso de la trata, por contra, las víctimas nunca han consentido en ser sometidas a la situación, y si lo hicieron en un principio, el consentimiento pierde su valor por la coacción, el engaño o el abuso de los traficantes»; *la misma*, «El delito de trata de personas», p. 823; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Trata de seres humanos y criminalidad organizada», p. 378, «mientras la trata es un fenómeno coactivo... en el tráfico de personas el migrante realiza el tránsito voluntariamente porque es su aspiración vivir en otro país».

⁷² VALLE MARISCAL DE GANTE, M., «Tráfico ilícito de migrantes y trata de seres humanos», p. 419, «la persona tratada es víctima, mientras que quien ha sido objeto de la inmigración irregular se nos presenta, a partir de la regulación que se lleva a cabo en el Código Penal, como cómplice de la conducta del traficante»; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, p. 46.

Y, en quinto lugar, la *finalidad de explotación* sólo es inherente a la trata de seres humanos, mientras que en el tráfico de personas la motivación que mueve al traficante es la contraprestación económica que recibirá o ánimo de lucro. La relación entre el migrante y el traficante concluye al terminar el traslado, mientras que el propósito del tratante es llevar a cabo la efectiva explotación de la persona tratada durante el traslado o después de su acogida o recepción⁷³.

2.3. En definitiva, nos encontramos ante dos figuras delictivas que sancionan comportamientos distintos, aunque conectados fenomenológicamente porque se nutren en muchas ocasiones de los mismos flujos y rutas migratorias.

3. En segundo lugar, también es necesario distinguir entre el delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular y el tráfico de personas, dado que las dos figuras se contienen en el art. 318 bis CP. En ambos casos nos encontramos ante la misma clase de comportamiento, a saber, la prestación de ayuda a un ciudadano extranjero para entrar, permanecer o transitar por nuestro país contraviniendo la normativa administrativa de entrada y tránsito. En cambio, se diferencian por la concurrencia o no de ánimo de lucro. Hablamos de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular cuando esta conducta se lleva a cabo sin ánimo de lucro, normalmente de manera altruista, lo que implica que la tipificación de esta clase de comportamientos se tilde con acierto de «criminalización de la solidaridad»⁷⁴. Frente al mero favorecimiento, nuestro ordenamiento jurídico también castiga el tráfico de personas, que consiste en su modalidad básica en el mismo comportamiento de ayuda a la entrada, permanencia o tránsito irregular, pero con ánimo de lucro.

Como hemos mencionado anteriormente, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire solo obliga a los Estados parte a tipificar el tráfico o contrabando de migrantes (*smuggling of migrants*) en su acepción mercantil, es decir, exige que concurra la finalidad de obtener un beneficio material o de otro tipo y que el sujeto activo pertenezca a un grupo delictivo organizado. Este mandato de tipificación fue ampliado por la normativa europea, que en la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, incorpora la mera ayuda sin ánimo de lucro y sin necesidad de que el sujeto activo pertenezca a un grupo u organización criminal.

⁷³ LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata», p. 79; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, p. 45.

⁷⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «La criminalización de la solidaridad», *Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, p. 12, «al castigar cualquier favorecimiento de la entrada ilegal, la UE hace del derecho penal un instrumento para combatir no ya las conductas lesivas de los derechos de las personas migrantes, que las cosifican o que las ponen en peligro, sino para imponer una política migratoria de cierre de fronteras».

La delimitación entre ambas figuras es imprescindible porque se critica con vehemencia la legitimidad del delito de ayuda o favorecimiento a la inmigración irregular; entre otras razones, por la falta de coherencia sistemática del propio legislador. Colisiona con el principio de fragmentariedad e intervención mínima que se sancione penalmente la ayuda sin ánimo de lucro y que, en cambio, se reserve la conducta más grave, es decir, la que exige ánimo de lucro, al ordenamiento administrativo sancionador⁷⁵. En palabras de de la Mata Barranco: «despojada la conducta ilícita del art. 318 bis de todo componente de lesividad individual, al menos en su tipología básica (sin ánimo de lucro)... es difícil captar el desvalor suficientemente merecedor de atención penal que justifique la intervención del legislador»⁷⁶.

En este sentido, defendemos una interpretación muy restrictiva del mismo. Teniendo en cuenta que se ha incorporado, como veremos, un subtipo atenuado y una excusa absolutoria, sostenemos que todo comportamiento de mera ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular (sin ánimo de lucro) será subsumible en el tipo atenuado o, incluso, podríamos excusarlo, con la salvedad de los supuestos en que concurra como medio para la trata o situaciones más particulares como la suscitada en la STS 298/2015, de 13 de mayo⁷⁷.

Junto con esta posibilidad de vaciar de supuestos subsumibles el tipo básico, nuestro Tribunal Supremo ha explorado otra posibilidad interpretativa, aunque sin grandes consecuencias prácticas. En alguno de sus pronunciamientos parece exigir a las conductas subsumibles en el art. 318 bis 1 un extra de antijuridicidad que supere la antijuridicidad puramente administrativa, como señala la STS 261/2017, de 6 de abril. De esta sentencia puede extraerse que tras la reforma de 2015 la atribución de responsabilidad ex art. 318 bis 1 obliga a identificar, no solo la con-

⁷⁵ Art. 54.1 b) LOEx: «Son infracciones muy graves: b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito».

⁷⁶ DE LA MATA BARRANCO, N.J., «Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal», p. 29; también, LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata», p. 66, «la intervención penal en este ámbito debería ser más respetuosa del principio de intervención mínima, exigiendo en el delito un desvalor adicional que lo distinga de la mera infracción administrativa».

⁷⁷ Hechos probados: «Obdulio, chófer de la embajada de Guinea Ecuatorial en España, contactó en Facebook con Encarna, nacida en 1991 y residente en esa época en aquel país, a quien, por ese medio, ofreció la posibilidad de gestionarle un viaje a España, consiguiendo de modo rápido un visado turístico, y ayudándola posteriormente a permanecer de modo permanente en nuestro país. El acusado quería, en realidad, que Encarna viniese a España para tenerla a su disposición con miras a mantener relaciones sexuales con ella siempre que lo deseara, plan que ocultó a Encarna», una vez en España la agredió sexualmente en una habitación de un hotel que había reservado. El TS entiende que no concurre un delito de trata, sino un delito de ayuda a la inmigración irregular (sin ánimo de lucro) y confirma la agresión sexual.

ducta de ayuda o favorecimiento probada, sino (i) la específica infracción administrativa en que consiste la «vulneración» de nuestra legislación; y (ii) la razón por la que esta conducta adquiere relevancia penal más allá de la antijuridicidad puramente administrativa⁷⁸.

Esta «relevancia penal más allá de la antijuridicidad puramente administrativa» podría concretarse con la STS 536/2016, de 17 de junio, que admite que «no puede aceptarse una total asimilación de la respuesta penal con la administrativa» añadiendo que «para alcanzar esta relevancia la infracción normativa tiene que ser determinante del modo en que se burlan los controles legales, para posibilitar la entrada, el tránsito o la permanencia ilegal» (FJ 7)⁷⁹. Uno de los efectos prácticos que podríamos extraer de esta afirmación, como mencionaremos, es que la antigua «promoción» de la inmigración clandestina o del tráfico no sería abarcada por el sentido del vigente término de «ayuda».

El escollo reside en que esta última limitación práctica del delito de favorecimiento de la inmigración se ha tratado de desarrollar a través del bien jurídico «derechos de los ciudadanos extranjeros» y no del bien jurídico «política migratoria». Si, como desarrollaremos en el siguiente epígrafe, la interpretación del bien jurídico «derechos de los extranjeros» no es admisible porque tensiona el principio de legalidad penal, el reto teórico estaría en elaborar una gradación de conductas de favorecimiento en función de su desvalor para el bien jurídico «política migratoria». Gradación que permitiera una interpretación restrictiva y fuese expresión del carácter subsidiario de una intervención penal que hoy se solapa con la normativa administrativa.

Mientras el legislador no se emplee en esta tarea, nos quedaría la primera consideración que hemos hecho *de lege lata*: reconducir al tipo atenuado y a la excusa absolutoria un grueso de conductas como son las carentes de ánimo de lucro.

Sentado lo anterior, conviene insistir en que en este trabajo nos ocupamos solo del delito de tráfico de personas en sentido estricto y de sus modalidades agravadas y atenuadas. Se trata de un análisis dogmático y jurisprudencial, que prescinde de consideraciones político-criminales o de evaluación constitucional. Únicamente interesa insistir que no creemos que el tráfico adolezca de manera tan grave de la falta de legitimidad que padece el delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular, porque no se trata de la modalidad de ataque menos lesiva contra el bien jurídico en liza⁸⁰.

⁷⁸ En este sentido, la STS 646/2015, de 20 de octubre, FJ 1, añade que «solamente ante tal completa identificación del título de condena cabrá ejercitar una adecuada defensa».

⁷⁹ También en este sentido la STS 807/2016, de 27 de octubre, FJ 7.

⁸⁰ Sobre la legitimidad constitucional del delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular nos hemos pronunciado en de la FUENTE CARDONA, F.S., *La teoría*

4. En conclusión, el delito de tráfico de personas se define en la normativa internacional y en nuestro CP como la ayuda intencionada y con ánimo de lucro a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte del respectivo convenio a entrar o permanecer en territorio nacional o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros. Se trata de una realidad criminológica conectada, pero normativa y conceptualmente distinta a la trata de seres humanos y a la ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular.

3.2. *Bien jurídico protegido*

1. En el presente epígrafe nos ocupamos de la exégesis del bien jurídico protegido en el delito de tráfico de personas. Baste señalar que, como hemos puesto de manifiesto en otros lugares, entendemos por bien jurídico aquel *objeto real que se puede menoscabar causalmente* protegido por el tipo.

A la luz de la configuración actual del tráfico, y pese a lo que algunos autores razonablemente señalaron bajo su anterior redacción⁸¹, debemos descartar que este delito proteja un bien jurídico de naturaleza individual como pudieran ser los derechos de los ciudadanos extranjeros. Nos asisten tres razones para rechazar esta interpretación: (i) la ubicación sistemática del Título XV bis, entre títulos que protegen bienes jurídicos colectivos; (ii) la específica previsión de un tipo cualificado que integra ese desvalor (al menos, respecto de la vida y la salud)⁸²; y (iii) la tipificación autónoma de la trata.

Por tanto, las dos opciones interpretativas restantes serían considerar que el bien jurídico protegido son (i) los derechos de los ciudadanos

del bien jurídico y su función de crítica legislativa. Una contribución a la discusión sobre la evaluación constitucional de las normas penales, en prensa. Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata», p. 105, «la mera existencia de un móvil económico no me parece que añada un desvalor suficiente para justificar la intervención penal».

⁸¹ Durante la vigencia de la redacción originaria del art. 318 bis, algunos autores como LAURENZO COPELLO, P., «La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 12, 2003, pp. 71-72, afirmaron que se protegía «la integridad moral de las personas sometidas a las operaciones —lucrativas o no— de tráfico de inmigrantes»; MARTOS NÚÑEZ, J.A., «La protección jurídicopenal de los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 11, 2009, p. 6, «vulnera la dignidad humana».

⁸² Nos hemos ocupado de este subtipo agravado en DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «El tratamiento jurisprudencial del delito de tráfico ilegal de personas cuando se pone en peligro la vida o la salud», en Fernández Cabrera, M., Fernández Díaz, C.R. (Dirs.), *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*, Iustel, Sevilla, 2022, pp. 365 y ss.

extranjeros como colectivo, postura poco aclarada por sus partidarios e ignorada por la jurisprudencia, o (ii) la política migratoria del Estado en tanto manifestación de la soberanía estatal que, en último término, aspira a proteger un determinado orden socioeconómico. Analicemos más de cerca ambas posturas.

1.1. Los partidarios de entender que el bien jurídico protegido son los derechos de los ciudadanos extranjeros como colectivo tienen en común que intentan elaborar un ejercicio de dogmática orientado a unos fines político-criminales que, partiendo de las líneas informadoras que la CE ofrece, se sirve de la interpretación teleológica para identificar dicho bien jurídico⁸³. Encontramos argumentos a favor de este modo de proceder, aunque también serias dificultades.

El primer motivo que rema a favor del entendimiento de los derechos de los ciudadanos extranjeros como bien jurídico protegido es la rúbrica del Título XV bis en el que se ubica. Desde el año 2000, en que se introdujo este título, el legislador ha operado un total de cuatro reformas en las que, del mismo modo que ha realizado cambios en las conductas típicas, también podría haber modificado la rúbrica del título. No creemos que se deba despreciar que no lo haya hecho, su rúbrica puede ser un elemento más en la sistematización e interpretación del delito⁸⁴.

En segundo lugar, como hemos apuntado, han desaparecido como agravantes una serie de medios comisivos anteriormente previstos en el art. 318 bis 2 y que encajan en el delito de trata. La violencia, intimidación, engaño, el abuso de una situación de superioridad o de una situación de especial vulnerabilidad del migrante ya no agravarán el delito de tráfico de personas. Por un lado, pensamos que la concurrencia de alguno de ellos podría dar lugar a un concurso de delitos con las figuras delictivas de coacciones, amenazas o contra la integridad moral, aunque, ciertamente, no todos los medios son reconducibles a estos tipos. Por otro lado, y reconociendo cierto voluntarismo, también podríamos ver que parte de este desvalor, sobre todo de las situaciones de abuso, sería

⁸³ Parece en este sentido la SAN 29/2017, de 19 de octubre, en la que en un supuesto de un nacional español de origen iraní que se dedicaba a facilitar la entrada de iraníes en España a cambio de una cantidad económica, señala en su FJ 1 que «para la aplicación del art. 318 bis del CP se exige que el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentre protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable».

⁸⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, p. 58, «viene a proteger el estatus jurídico del extranjero: los derechos y libertades reconocidos al mismo por el ordenamiento jurídico español»; también, CONDEPUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los derechos de los extranjeros», en Martín Pallín, J.A. (Dir.), *Extranjeros y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, IV, Madrid, 2003, p. 292.

inherente a la tipicidad básica si afirmamos que lo que se afecta es la dignidad de los migrantes. Con ello, podríamos dotar de cierta virtualidad a la referencia a los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Sin embargo, debemos descartar la identificación de este bien jurídico por dos motivos. Primero, si consideramos, como mayoritariamente se señala, que estamos ante un delito de peligro abstracto, como puso de manifiesto Miró Llinares, ello dejará la puerta abierta a que todo comportamiento de ayuda a la entrada, tránsito o permanencia ponga en peligro abstracto el bien⁸⁵. El delito se consumará por la mera realización, con ánimo de lucro, de un comportamiento de ayuda cuya peligrosidad reside en la ilegalidad de la entrada. Expresado con otras palabras: la coincidencia formal entre acción y descripción típica implicaría la subsunción automática de toda ayuda a la entrada, tránsito o permanencia irregular en el tipo básico del art. 318 bis, consumándolo, por mucho que sostengamos que el bien jurídico protegido son los derechos de los ciudadanos extranjeros. Y, segundo, la única interpretación posible de la estructura típica que dote de relevancia práctica a la exégesis del bien jurídico «derechos de los ciudadanos extranjeros» sería la sostenida por Pérez Cepeda⁸⁶. Para esta autora no estamos ante un delito de peligro abstracto sino ante un delito de peligro (abstracto) hipotético, en los que en palabras de Torío López «no es bastante la coincidencia formal entre acción y descripción ofrecida por el legislador»⁸⁷. Solo si se exige que la acción sea hipotéticamente peligrosa, no siendo necesario que se llegue a producir una puesta en peligro concreto, podríamos atribuir algún desvalor adicional a la interpretación de una ayuda que, en caso contrario, sería típica con vulnerar la legislación administrativa de extranjería. Se requeriría, así, una interpretación del tipo básico como delito de peligro hipotético.

Lamentablemente, y pese a defender la posibilidad de recurrir a la interpretación teleológica, orientada a unos fines político-criminales que establecen la libertad y dignidad del individuo como valores sobre los que se asienta nuestro ordenamiento, reconocemos que con la actual re-

⁸⁵ MIRÓ LLINARES, F., «Política comunitaria de inmigración y política criminal en España», p. 18, no es posible limitar interpretativamente la amplitud del art. 318 bis en atención al bien jurídico porque el injusto «se deriva del hecho de la inmigración ilegal, esto es, de la negación de normas administrativas que regulan la entrada y estancia legal en nuestro país».

⁸⁶ PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas*, p. 176; pareciera en este sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014, p. 19.

⁸⁷ TORÍO LÓPEZ, A., «Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 34, 1981, p. 838, señala como ejemplos «el abandono de niños, cohecho activo, falso testimonio, la amenaza simple, algunos delitos contra la salud pública, etc.».

dacción del art. 318 bis esta interpretación tensiona excesivamente los límites gramaticales establecidos por el principio de legalidad constitucionalmente consagrado y, ello, pese a que estemos ante una interpretación *pro reo*⁸⁸.

El principio o derecho fundamental a la legalidad reconocido en nuestra constitución es satisfecho, según la doctrina del TC, cuando la interpretación del precepto penal sigue el sentido gramatical de la norma, los métodos comúnmente admitidos de interpretación y los valores axiológicos que la propia CE recoge⁸⁹. El derecho a la legalidad no es incompatible con el recurso por los tribunales a la interpretación teleológica. El bien jurídico no se extrae de la norma penal de manera automática y neutra, es decir, no solo se precisa una interpretación literal del precepto. La mencionada configuración del derecho fundamental a la legalidad penal así lo ratifica y la referencia a los valores axiológicos permite dar entrada a una dogmática orientada a los fines político-criminales.

1.2. ¿Por qué entonces en este caso no podemos admitir el bien jurídico, ni en su dimensión colectiva ni individual, «derechos de los ciudadanos extranjeros»? Creemos que la admisión de una interpretación no estática de los tipos penales no debe conducirnos a justificarlo todo, a contemplar como uno dogmática y política criminal. Y en este caso observamos que el texto de la norma cierra una puerta que no podemos entornar. El delito de tráfico de personas no exige en ninguno de sus elementos que se produzca una puesta en peligro de los derechos

⁸⁸ No estaríamos en el art. 318 bis ante una «falla de la legislación» que «el juez puede verse forzado a corregir mediante la analogía favorable al reo», en el sentido expuesto por MONTIEL FERNÁNDEZ, J.P., «Estructuras analíticas del principio de legalidad», *InDret*, núm. 1, 2017 p. 14, sino que, al contrario, la interpretación por la que el bien jurídico son los derechos de los ciudadanos extranjeros destilaría cierto activismo judicial; DONINI, M., «El ciudadano extracomunitario», p. 40, «las lecturas jurisprudenciales que exigen, frecuentemente de manera solo implícita, una verdadera “explotación” del extranjero, o una finalidad de la conducta a tal resultado, parecen cumplir una *hermenéutica de la resistencia* respecto al espíritu e incluso a la letra de la ley», una resistencia que puede despertar nuestra simpatía, pero que no es por ello menos arbitraria.

⁸⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en Pérez Manzano, M., Lascuraín Sánchez, J.A. (Dir.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 123, «el principio de legalidad garantiza al ciudadano la previsibilidad de su condena y desde tal punto de vista, en lo que atañe a la aplicación judicial de la ley [principio de tipicidad], lo previsible es una actuación del juez que se ajuste a la semántica del enunciado y que se rija por los valores constitucionales y por métodos aceptados de interpretación». Recientemente, la STC 8/2024, de 16 de enero de 2024, así lo recuerda: «La labor de control a desarrollar en la jurisdicción de amparo queda limitada, desde la perspectiva externa que le es propia, a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales, referida al respeto a los valores de la seguridad jurídica y de la autoridad parlamentaria de la definición de los delitos y las penas, que se traducen en la razonabilidad semántica, metodológica y axiológica de la interpretación judicial de la norma y de la subsunción legal de los hechos en la misma» (FJ 6).

de los ciudadanos extranjeros⁹⁰ y, aunque podamos darle un valor a la rúbrica del Título XV bis, nos parece difícil integrarlo al mismo nivel que el resto de los elementos del tipo penal⁹¹. En palabras de Martínez Escamilla, «el precepto no permite sacarle más jugo a la interpretación teleológica sin herir el principio de legalidad y deslegitimar dicho instrumento hermenéutico»⁹², «empeñarse en ello supone, a mi juicio, forzar excesivamente los instrumentos interpretativos propios de la dogmática y, en definitiva, suplantar la voluntad del legislador por la voluntad del intérprete»⁹³.

En el mismo sentido, la STS 144/2018, de 22 de marzo, señala que, tras las reformas introducidas por LO 5/2010 y LO 1/2015, en las que se regula de manera autónoma la trata de seres humanos y el tráfico de personas y se disminuye la pena en atención a la menor demanda de protección del bien jurídico de este último, «todo apunta de forma clara a que el art. 318 bis protege ahora el bien jurídico consistente en el interés del Estado —y de la UE— en el control de los flujos migratorios,... quedando la tutela de los bienes personales individuales de los migrantes encomendada al nuevo tipo penal del art. 177 bis»⁹⁴.

⁹⁰ Cfr. Sobre unos hechos que sucedieron durante la vigencia de la anterior redacción, la STS 23/2015, de 4 de febrero, FJ 3, citando jurisprudencia anterior, sí consideraba que el art. 318 bis está «especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado... para ofrecer protección al migrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas».

⁹¹ En este sentido, la SAP Cádiz 53/2018, de 6 de marzo, FJ 1, señala que «solo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, se atiende además al bien jurídico pregonado en la rúbrica del título como “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”».

⁹² MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La inmigración como delito*, p. 66.

⁹³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?», p. 8.

⁹⁴ STS 144/2018, de 22 de marzo, FJ 4; en el mismo sentido, STS 512/2016, de 10 de junio, FJ 9. En la doctrina científica, CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., «El Derecho español ante la inmigración», pp. 216 y ss., defienden que el bien jurídico protegido es la política migratoria y creen que otra interpretación supondría crear otro delito; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., «La inmigración ante la encrucijada: el tráfico ilegal de personas, la trata de seres humanos y la explotación sexual», en Zúñiga Rodríguez, L. (Dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 452, «resulta el control de los flujos migratorios el objeto de protección de la norma»; PORTILLA CONTRERAS, G., «La inmigración bajo sospecha en el Derecho penal europeo», en Gómez Martín, V., et al. (Dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, p. 296, «es difícil encontrar en el CP un Título que se corresponda menos con el verdadero objeto de protección tutelado. Se habla de derechos en la rúbrica y estos se protegen de forma excepción», «el título XV bis pretende como fin último la defensa de la política migratoria del Estado» (298); ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., «Trata de seres humanos y

Pese a lo señalado, no podemos desconocer que, incluso tras la reforma de 2015, la jurisprudencia no es pacífica y todavía existe una corriente que entiende que el bien jurídico protegido hace referencia, al menos colateralmente, a la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros, pero a nuestro juicio no es una postura respetuosa con el tenor del precepto⁹⁵.

2. En definitiva, el delito de tráfico de personas protege el bien jurídico de titularidad colectiva «política migratoria», que podemos definir como el *conjunto de instituciones y medidas que el Estado implementa en ejercicio de su soberanía y dentro de los límites establecidos por las normas nacionales e internacionales de protección de derechos humanos para controlar los flujos migratorios y, con ello, evitar o reducir el impacto socioeconómico que puede tener en la comunidad política la entrada, permanencia o tránsito de nuevos integrantes por cauces distintos a los previstos legalmente*.

Sostenemos esta definición del bien jurídico colectivo «política migratoria» porque las medidas de control de los flujos migratorios que la integran protegen al *Estado* como persona jurídica y porque también protegen al *Estado social* como una de sus concretas manifestaciones.

En primer lugar, para poder hablar de un Estado es necesario que este cuente con un territorio y la posesión de un territorio no es otra cosa que disponer de manera estable de la facultad de ejercer la propia jurisdicción dentro de las fronteras del mismo. Por tanto, una de las condiciones de existencia de todo Estado es que cuente con un territorio en el que tenga la posibilidad (aunque no el deber) de aplicar determinadas medidas autónomamente, como aquellas consistentes en el establecimiento de reglas para la entrada y tránsito de terceras personas. Si una entidad política no puede desempeñar esta facultad, no la podemos denominar Estado, porque faltará uno de sus elementos constitutivos. Es por esta razón por la que se puede afirmar que las medidas que integran

criminalidad organizada», p. 381, «de lo que realmente se trataba es de la protección de la política migratoria del Estado español».

⁹⁵ Entre otras, la STS 11/2018, de 15 de enero o la STS 108/2018, de 6 de marzo. La STS 388/2018, de 25 de julio, FJ 3, señala que «se protege principalmente el interés del Estado en el control de los flujos migratorios... No obstante, el precepto sigue encuadrado bajo la rúbrica relativa a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, presididos por el derecho a la preservación de su dignidad, lo que impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico»; o la STS 400/2018, de 12 de septiembre, FJ 4, «de esta manera en el bien jurídico protegido en este delito confluyen dos tipos de intereses, como destaca la doctrina científica y la jurisprudencia: el interés general del Estado en controlar los flujos migratorios, evitando que estos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada; y, por otro lado, el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los emigrantes». Con algo más de detalle sobre las líneas jurisprudenciales en torno al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular: de la Fuente Cardona, F.S., «Los derechos de los extranjeros o la política migratoria», pp. 172 y ss.

la política migratoria son una manifestación de la soberanía estatal y, en cierta medida, reafirman al Estado como persona jurídica y sujeto de Derecho internacional, conforme a los rasgos constitutivos que le atribuye el Convenio de Montevideo.

En segundo lugar, las medidas de control de los flujos migratorios también protegen una específica dimensión del Estado que ha sido configurada por el constituyente español en ejercicio de su soberanía, a saber, que el nuestro es un *Estado social*. Nuestro Estado no es un Estado que protege ilimitadamente el libre mercado, sino un Estado social, que interviene en la economía para compensar los desequilibrios y redistribuir la riqueza. Si nuestro Estado se caracteriza por una actividad de asistencia, prestacional y de redistribución, por ejemplo, a través del ámbito educativo, sanitario o en materia de pensiones, entonces la entrada de un elevado número de personas por cauces no legales puede ocasionar, al menos a corto plazo, un impacto negativo en la señalada dimensión social del Estado, porque los recursos de los que dispone son limitados⁹⁶.

Por tanto, el delito de tráfico de personas en su modalidad básica protege *exclusivamente* el bien jurídico colectivo «política migratoria». Solo en alguna de sus modalidades agravadas podremos constatar que se trata de un delito pluriofensivo que tutela los bienes jurídicos individuales del migrante objeto del traslado⁹⁷.

3.3. Tipo objetivo y tipo subjetivo

1. La reforma del Código penal español de 2015 introdujo cambios significativos en la configuración típica del tráfico de personas. La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, adelanta en su Exposición de Motivos que las modificaciones introducidas en el art. 318 bis responden a un mejor cumplimiento de la normativa de la Unión Europea.

⁹⁶ En un sentido crítico, así lo pone de manifiesto HORTAL IBARRA, J.C., «¿Por qué los llaman *delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros* cuando —siempre— quisieron reforzar el control estatal sobre los flujos migratorios irregulares (art. 318 bis CP)?», en Gómez Martín, V., et al. (Dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, p. 1182, «la contención migratoria ilegal no constituiría un fin en sí mismo. Al contrario, estaría mediatamente pergeñada al aseguramiento final de las condiciones económico-prestacionales (y socio-convivenciales) consustanciales al maltrato “Estado del bienestar” frente a las amenazas que la entrada y permanencia masiva de inmigrantes ilegales representarían para su exclusivo y preferente disfrute por los ciudadanos nacionales y europeos».

⁹⁷ Como advierte HORTAL IBARRA, J.C., «Por qué los llaman *delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*», p. 1191, «penalizando al facilitador-intermediario eliminamos al colectivo vulnerable cuyos intereses declaramos amparar», por lo que difícilmente se puede interpretar que sus derechos constituyen el objeto de protección del tipo básico del tráfico y de la ayuda o favorecimiento a la inmigración irregular.

Con carácter introductorio, cabe destacar que se produjo una importante disminución de las penas. La LO 1/2015 reconoce que «tras la tipificación separada del delito de tráfico [trata] de seres humanos se mantuvo la misma penalidad extraordinariamente agravada y, en muchos casos, desproporcionada» para el delito de tráfico de personas, lo que recomienda la mencionada reducción de la penalidad prevista. El tráfico de personas antes de la reforma se castigaba con pena de prisión de seis a ocho años y ahora ha quedado reducida a multa o prisión de siete meses y quince días a doce meses, mientras que en los tipos agravados la pena de prisión en su límite inferior baja de seis a cuatro años.

Junto con la modificación de los marcos penales, el legislador español reformó por completo la redacción del delito de tráfico de personas. En lo que sigue, por tanto, procede presentar los nuevos elementos que configuran su tipo objetivo y subjetivo y cuál creemos que es la estructura típica a la que responde.

2. En primer lugar, atendemos a los cambios que se han producido en el tipo objetivo, de los que no se ofrece una explicación en la Exposición de Motivos. El art. 318 bis 1 muta y ya no recoge la «promoción, favorecimiento o facilitación» del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina sino la «ayuda» intencionada y con ánimo de lucro a la entrada o tránsito en España de un modo que «vulnere la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros». Alternativamente, el art. 318 bis 2, y con la misma pena, sanciona la ayuda con ánimo de lucro a la estancia, a «permanecer en España», introduciendo en el CP una figura que se había entendido hasta este momento solo merecedora de reproche por el ordenamiento administrativo⁹⁸. Veamos más de cerca estos elementos.

2.1. En cuanto al verbo típico «ayudar», creemos que, en cierta medida, trae consigo una limitada pero bienvenida reducción del número de conductas subsumibles en el delito de tráfico frente al concepto unitario de autor que se derivaba de los verbos típicos «promover, favorecer y facilitar»⁹⁹.

⁹⁸ POMARES CINTAS, E., «La colaboración de terceros en la inmigración ilegal a partir de la reforma de 2015 (artículo 318 bis CP): ¿una cuestión penal?», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 619 y ss., «este criterio de política criminal en torno a la lucha contra la inmigración ilegal desnaturaliza la base conceptual del tráfico ilegal de migrantes: su inherente carácter transnacional... la incriminación independiente de la ayuda a la permanencia ilegal del extranjero equivaldrá expresamente al castigo del mero favorecimiento del inmigrante y no de la inmigración ilegal»; CABEZAS VICENTE, M., «El control penal de la inmigración irregular», p. 58.

⁹⁹ Entre otros, GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción», p. 7; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El Derecho penal como herramienta*, p. 120; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas*, p. 209, «concepto unitario de autor, que ha sido adoptado expresamente por nuestro legislador porque se trata de tipos penales habitualmente cometidos por la criminalidad organizada».

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, en STS 1059/2005, «*promoción*, equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; el *favorecimiento*, [está] integrado por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y la *facilitación*, viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento»¹⁰⁰ (cursivas nuestras). Si seguimos esta interpretación, parece que el verbo típico «ayudar» es equiparable a «favorecer y facilitar», pero la provocación o incitación subsumibles en el anterior verbo típico «promover» deberían quedar fuera de las interpretaciones posibles del término ahora empleado¹⁰¹. Por ejemplo, pensemos en la persona residente en España que anima decididamente a un familiar a intentar llegar a territorio español con la ayuda de un conocido que se dedica con éxito a tal actividad y del que recibe una cantidad de dinero por cada «cliente» que le obtiene, sin mayor intervención¹⁰². Este está «promoviendo» la entrada de un extranjero (con ánimo de lucro), porque le anima decididamente, pero supondría una interpretación extensiva del tipo considerar que está «ayudando»¹⁰³.

En aras de evitar una interpretación analógica *in malam partem* esta clase de comportamientos podrían considerarse atípicos, especialmente porque los supuestos subsumibles en la conducta de «promoción» tienden a ser más inocuos para el bien jurídico, como el resuelto en la STS 569/2006, de 19 de mayo. Esta sentencia absuelve al ciudadano que, durante el embarque en la estación marítima de Melilla y ante las dudas de

¹⁰⁰ STS 1059/2005, de 28 de septiembre, FJ 5, añade que «podríamos decir, de acuerdo con la doctrina más autorizada, que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo migratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad, está inducida en la conducta típica».

¹⁰¹ En este sentido, la STS 466/2012, de 28 de mayo, FJ 5, diferencia tales verbos típicos y sostiene que promoción, antes de la reforma, era la existencia de «presión o influjo de terceros» en la decisión de emigrar.

¹⁰² En cambio, si el familiar enviase una cantidad de dinero su conducta sería subsumible en el art. 318 bis (modalidad atenuada), en el sentido de la STS 659/2016, de 19 de julio, FJ 2.

¹⁰³ A favor de esta interpretación restrictiva la STS 261/2017, de 6 de abril, FJ 9, señala que «el núcleo de tipicidad actualmente recogido en el art. 318 bis, *obviamente más favorable al reo que las redacciones precedentes*, proviene de la Directiva 2002/90/CE» (cursivas nuestras); también el DRAE define «ayudar» como «prestar cooperación, auxiliar, socorrer, hacer un esfuerzo, poner los medios para el logro», pero no como incitar o motivar; MONTIEL FERNÁNDEZ, J.P., «Estructuras analíticas del principio de legalidad», p. 26, señala que «los elementos de las normas deben ser interpretados conforme a las reglas del habla que rigen en la comunidad de habitantes» y entiende que la fabricación de reglas del habla *ad hoc* «representa una estrategia para resolver un caso según el subjetivismo del juez», lo que sucedería en este caso si ampliamos tanto el significado del término «ayudar». En sentido contrario, GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción», p. 39, «aunque el legislador haya cambiado las palabras empleadas para configurar la conducta típica, en realidad, está castigando lo mismo».

la Guardia Civil, insiste (promoción) en que el DNI falsificado que aportaba su compañero de camarote era auténtico¹⁰⁴.

2.2. La referencia a la «entrada» o «tránsito» irregular por España podría entenderse próximo en su alcance a la derogada noción de «traslado». Con respecto a la entrada, el precepto no abarca solamente aquellos supuestos en los se ayuda a un tercero a entrar en nuestro país burlando los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que, como recuerda la STS 253/2023, de 12 de abril, «en nuestra jurisprudencia anterior [también] habíamos catalogado como tráfico ilegal cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del 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» (FJ 5). Por ejemplo, se considera ayuda a la entrada (con o sin ánimo de lucro) la solicitud de cartas de invitación para entrar en España aparentando la condición de turista (SAP Pontevedra 3/2023, de 13 de enero).

En cuanto a la permanencia, la práctica revela que la mayor parte de conductas subsumibles en esta modalidad típica se refieren a la prestación de alojamiento. Mencionemos dos ejemplos. La SAP Barcelona 200/2019, de 20 de marzo, en un supuesto de trata, condena por un delito de ayuda a la permanencia irregular a quien da alojamiento a una ciudadana nigeriana sabiendo que ésta era una inmigrante en situación de irregularidad (y que estaba siendo presionada para ejercer la prostitución). El ánimo de lucro quedó acreditado porque obtenía de ella ciertas sumas de dinero que le ayudaban a sostener a su familia (FJ 2)¹⁰⁵. También podemos señalar la STS 482/2016, de 3 de junio. Los hechos probados acreditan que la ciudadana Bárbara, residente en Málaga, se

¹⁰⁴ «Es ilusorio, al menos desde el punto de vista de un observador objetivo e imparcial, pretender que las sospechas de los agentes policiales respecto de la utilización indebida de una documentación oficial por un desconocido, que además pretende entrar en un país procedente de otro distinto, van a desaparecer de modo inmediato solo por la intervención de un tercero, que no alega ni acredita vinculación alguna con el sospechoso que porta el documento, y que tampoco es una persona conocida de alguna forma por los propios agentes, de modo que pudiera emplear cualquiera de esas relaciones para convencer a aquellos de la legalidad de la documentación» (FJ 1).

¹⁰⁵ Como señala GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP y su contribución a una mayor vulnerabilización de los extranjeros. Propuesta reinterpretativa», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25, 2023, p. 15, resulta criticable la falta de coherencia interna entre el ordenamiento administrativo sancionador y el penal. Nuestro legislador no respeta el principio de subsidiariedad y regula como infracción administrativa grave en el art. 53.2 c) LOEx un comportamiento más restrictivo, en cuanto a los sujetos activos, que el previsto en el art. 318 bis 2, a saber, la ayuda (sin ánimo de lucro) a la permanencia irregular cuando el propio autor haya sido el que promueva la entrada irregular con una invitación expresa y el extranjero continúe a su cargo transcurrido el plazo de la autorización. Asimismo, ninguna diferencia se observa entre el delito del art. 318 bis 2 y la infracción muy grave del art. 54.1 b) LOEx, quedando solapadas ambas regulaciones.

dedicaba a facilitar alojamiento y búsqueda de empleo doméstico a mujeres rusas a cambio de una cantidad que solía ser la mitad de su primer sueldo. La AP de Málaga había condenado antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015. La sentencia del TS aplica retroactivamente la reforma introducida por la LO 1/2015, dada su menor penalidad, subsumiendo los hechos en la vigente modalidad de ayuda a la permanencia.

Asimismo, procede indicar que en la nueva redacción ya no se sanciona la ayuda a la salida desde España de un extranjero en situación irregular hacia otros Estados miembros de la UE. Esta contribución queda actualmente impune¹⁰⁶.

2.3. La redacción vigente se refiere a la ayuda a una «persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea», lo que significa que la libertad de movimiento que rige en el Espacio Schengen impide que los ciudadanos de la Unión puedan ser objeto de dicha figura delictiva. Se ha de tratar de nacionales de terceros Estados¹⁰⁷.

2.4. También debemos señalar que la referencia a la vulneración de la «legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros» plantea la siguiente duda interpretativa: si la remisión es a su régimen sancionador previsto en el Título III de la LOEx (arts. 50 y ss.), donde sí se recoge como infracción muy grave «inducir o promover» la inmigración irregular, o más genéricamente a las disposiciones que regulan la entrada y salida previstas en el Título II de la LOEx (arts. 25 y ss.)¹⁰⁸. En adhesión a Pomares Cintas, entendemos que la expresión «de un modo que vulnere» alude al régimen sancionador de la LOEx¹⁰⁹.

Ahora bien, tanto por la literalidad de la norma, como porque se trata de una ley penal en blanco, y nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de señalar que el núcleo esencial de la prohibición debe residir en la descripción típica contenida en la norma penal, el tráfico no abarca comportamientos subsumibles en otros verbos típicos más amplios previstos en las sanciones administrativas, como los mencionados

¹⁰⁶ GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP», p. 5, «resultará impune, por tanto, la ayuda que pueda prestarse a dicha persona a los efectos de salir del territorio en nuestro país».

¹⁰⁷ GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP», p. 6.

¹⁰⁸ Antes de la reforma de 2015 parecía a favor de esta postura la STS 23/2015, de 4 de febrero, FJ 3: «es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado... sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (arts. 25 y ss. LE)».

¹⁰⁹ POMARES CINTAS, E., «Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, año 19, núm. 29, 2015, p. 15; también, la STS 646/2015, de 20 de octubre, FJ 1, indica que «no satisface la exigencia de concreción a que nos referimos la invocación del art. 25» de la LOEx.

verbos «inducir» o «promover», actualmente recogidos en el art. 54.1 b) LOEx¹¹⁰.

3. En cuanto a los elementos del tipo subjetivo, en primer lugar, debemos mencionar que la redacción vigente del art. 318 bis 1 CP acompaña el verbo típico «ayudar» del término «intencionadamente», lo que invita a pensar que el delito de tráfico de personas solo se puede cometer con dolo directo¹¹¹.

Esta tesis tendría cierta relevancia práctica. No son pocos los pronunciamientos condenatorios en los que, a cambio de una contraprestación, se trata de ayudar a la entrada irregular en nuestro país ocultando al extranjero en alguno de los compartimentos del vehículo que se emplea para cruzar el puesto fronterizo que separa España de Marruecos en las ciudades de Ceuta y de Melilla. En estos puestos han venido siendo habituales los momentos de gran afluencia, las largas colas de vehículos y las aglomeraciones de personas (no solo de viajeros locales y visitantes, sino también de vendedores ambulantes, de personas que practican la mendicidad, etc.). En este contexto, que a veces ha sido ciertamente caótico, son imaginables situaciones en las que, fruto de la desesperación, algún ciudadano extranjero trate de sujetarse a los bajos de un vehículo para conseguir entrar en nuestro país. En estos casos, el comportamiento del conductor del vehículo encaja en los elementos del tipo objetivo, ya que con su conducción ayuda a la entrada irregular de un extranjero en nuestro país. Ahora bien, no se puede afirmar que concorra dolo directo en estos casos, es decir, que se trate de una ayuda «intencionada». Normalmente el conductor podrá haber escuchado algún ruido debajo del vehículo, lo que será encuadrable bajo la noción de imprudencia consciente o, como mucho, de dolo eventual conforme a la teoría de la probabilidad. De manera que si afirmamos que solo son subsumibles comportamientos en los que concorra dolo directo, este tipo de supuesto que se puede dar en la frontera terrestre debería considerarse atípico.

Asimismo, son imaginables supuestos de error de tipo, como el supuesto que resolvió la SAP Cádiz 170/2005, 19 de mayo. En este asunto,

¹¹⁰ MONTIEL FERNÁNDEZ, J.P., «Estructuras analíticas del principio de legalidad», p. 15, «la voluntad de la ley no puede ser alterada por otro poder del Estado, de ahí la exigencia de que la constitucionalidad de una ley penal en blanco esté condicionada por la determinación legislativa del núcleo esencial de prohibición»; GONZÁLEZ AGUADELO, G., «El principio de reserva de ley y las leyes penales en blanco. Una reflexión sobre el derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017, pp. 22 y ss., considera que la teoría del complemento indispensable es más coherente con la reserva de ley.

¹¹¹ De la misma opinión, GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP», p. 7, pese que señala en la cita 16 que el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013, al que había sido el Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la LO 10/1995, expresamente entendió que el empleo de este adverbio no impedía que el delito pudiera ser cometido con dolo eventual.

un ciudadano mayor de edad y sin antecedentes penales fue detenido en la estación marítima de Ceuta cuando se disponía a embarcar con destino a Algeciras, conduciendo un automóvil de su propiedad y viajando como acompañante un ciudadano marroquí que portaba un documento de identidad falsificado. No quedó acreditado que el conductor supiese que el acompañante residía ilegalmente en nuestro país, de modo que no quedó constatado el elemento cognoscitivo del dolo. En la medida en que no fue posible acreditar dolo directo y que no se regula la modalidad imprudente, su comportamiento se consideró atípico.

En segundo lugar, el delito de tráfico de personas exige la concurrencia de ánimo de lucro. El ánimo de lucro se define como «cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídica conducta» (STS 416/2007, de 23 de mayo, FJ 12). Como hemos anotado, este elemento es el que distingue el mero favorecimiento o ayuda del tráfico de personas.

En la práctica encontramos un elevado número de pronunciamientos condenatorios por esta figura, lo que revela que es una realidad cuantitativamente numerosa y aplicable tanto a traslados marítimos, como aéreos y terrestres. Por ejemplo, la SAP Islas Baleares 72/2023, de 27 de febrero, condena por tráfico de personas a quien había cobrado entre 1500 y 1600 euros por pasajero adulto en una travesía entre Argelia y las Islas Baleares; mientras que la SAP Málaga 5/2014, de 13 de enero, condena por tráfico de personas a quien había cobrado 300 euros a un migrante para ayudarlo a entrar en Melilla escondido en un vehículo.

4. Por último, reflexionamos sobre la estructura o modalidad típica del tráfico de personas. La jurisprudencia ha señalado que se trata, en atención a la exigencia de resultado, de un delito de mera actividad. En cuanto al menoscabo del bien jurídico, encontramos algunos pronunciamientos que convienen que estamos ante un delito de peligro de abstracto, ya que no exige la efectiva lesión de los derechos del ciudadano extranjero¹¹². Sin embargo, como sostenemos que nos encontramos ante

¹¹² Lo tilda de delito de simple o mera actividad la STS 545/2006, de 23 mayo (FJ 2) o la SAP Málaga 18/2006, de 21 de marzo, «el delito definido en el artículo 318 bis del Código Penal es un delito de mera actividad que se consuma por la realización de los actos de favorecimiento o promoción sin exigir que se consiga la llegada efectiva a territorio español» (FJ 2). También, GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP», p. 6. En atención al menoscabo al bien jurídico, la STS 23/2015, de 4 febrero, FJ 3, recuerda una línea jurisprudencial que apunta que el bien jurídico «no lo constituye sin más los flujos migratorios, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación —que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas—, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal *delito de peligro abstracto* que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral» (cursivas nuestras).

un delito que protege un bien jurídico de naturaleza colectiva, como es la política migratoria, entendemos que su estructura típica encaja más adecuadamente en la de un delito de acumulación¹¹³.

El legislador castiga el tráfico de personas no porque aisladamente una única conducta de tráfico vaya a afectar, a menoscabar, a poner en jaque el conjunto de instituciones y medidas que el Estado implementa para controlar los flujos migratorios o porque una sola entrada irregular vaya a traer consigo un impacto socioeconómico perceptible, sino porque el legislador es consciente de que la acumulación de un número significativo de tales comportamientos de tráfico sí podría lesionar, sí podría afectar negativamente a la política migratoria que trata de implementar.

5. En definitiva, la configuración vigente del delito de tráfico de personas responde a la estructura típica del delito de acumulación y es ligeramente más restrictiva que la redacción previa a la reforma operada por la LO 1/2015. La parte objetiva del tipo consiste en «ayudar» a un extranjero a la entrada, tránsito o estancia en España de un modo que vulnere la legislación administrativa correspondiente y la parte subjetiva del tipo exige dolo directo y ánimo de lucro. A diferencia de la normativa en el ámbito universal, la regulación española y de la Unión Europea no exige que los sujetos activos pertenezcan a una organización o grupo criminal, circunstancia que, como veremos enseguida, será apta para agravar la pena.

3.4. Modalidades agravadas

3.4.1. Cuando los hechos se hubieren cometido en el seno de una organización criminal

1. El art. 318 bis 3 en su apartado a) castiga el tráfico de personas con la pena de prisión de cuatro a ocho años «cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades». Si los intervinientes son jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones, «se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado».

Valoramos positivamente la criminalización de esta modalidad cualificada. El desvalor del comportamiento de quienes ejercen en grupo y

¹¹³ Ya hace más de quince años, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La inmigración como delito*, pp. 122 y ss.; DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «Una píldora sobre los delitos de acumulación», en Valverde Cano, A.B., Basso, G.J. (Dirs.), *Derecho penal en tres minutos*, Eolas, Madrid, 2023, p. 88, «los delitos de acumulación no son delitos de lesión, ni de peligro concreto ni de peligro abstracto, sino una estructura delictiva autónoma conforme a la cual se tipifican comportamientos que solo acumulados en gran número pueden llegar a poner en peligro o a lesionar el bien jurídico colectivo que anticipadamente protegen».

profesionalmente el tráfico de personas es, sin duda, sensiblemente mayor, encontrando una doble fundamentación de la agravación¹¹⁴. Por un lado, porque estas organizaciones se aprovechan de la desesperación que empuja a miles de personas en situación de vulnerabilidad a emprender proyectos migratorios y se lucran a su costa. Ofrecen servicios de traslado y transporte que, como la dramática experiencia demuestra, carecen habitualmente de las mínimas condiciones de seguridad y salubridad, mostrando desprecio hacia la vida, integridad y dignidad de los migrantes¹¹⁵. Por otro lado, valoramos positivamente su criminalización porque es más sencillo poner en jaque el bien jurídico colectivo «política migratoria» e, incluso, la propia soberanía del Estado, cuando la empresa criminal se pone en marcha desde el seno de una organización. La coordinación de medios materiales y personales inherente a tales estructuras revela que sus acciones pueden ser de considerable entidad¹¹⁶. Además, el Plan de Acción Renovado de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes estima que «aproximadamente el 50 % de las redes implicadas en el tráfico ilícito de migrantes son polidelictivas», participando también en actividades de trata de seres humanos, tráfico de drogas, fraude de impuestos especiales, tráfico de armas de fuego o blanqueo de capitales¹¹⁷.

2. Este subtipo agravado, en atención al bien jurídico, es un delito pluriofensivo. Junto a la protección de la política migratoria, entendemos que se está protegiendo el orden público en su concepción institucional,

¹¹⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El Derecho penal como herramienta*, p. 140, «de una parte, la mayor capacidad de afección al bien jurídico política migratoria que tienen las organizaciones criminales (ya que, su planificación y estructura propias, sin duda, van a facilitar la entrada de un mayor número de inmigrantes en España); y, de otra parte, la mayor probabilidad de lesión de los bienes jurídicos personales».

¹¹⁵ De opinión similar, GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP», p. 11; CABEZAS VICENTE, M., «El control penal de la inmigración irregular», pp. 50-51, identifica a través de algunos estudios criminológicos como rasgos propios de las organizaciones que se dedican al tráfico de personas: que se adaptan con facilidad a los cambios de ruta, que se trata de un negocio lucrativo en el que existen unas bajas barreras de entrada, lo que impide la formación de grandes monopolios, la conexión étnica, lingüística y/o geográfica entre los traficantes y los migrantes, así como la variedad de las formas de tráfico y el severo impacto en los colectivos vulnerables, como es el caso de los menores no acompañados.

¹¹⁶ BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «Delincuencia organizada y “maremágnun normativo” tras la LO 5/2010, de 22 de Junio», *InDret*, núm. 2, 2023, p. 328, la cual señala un poco más adelante que son rasgos comunes a las organizaciones criminales su actuación transnacional, la complejidad estructural, la adopción de organigramas propios del ámbito empresarial, el uso sistemático de la corrupción y el blanqueo e, incluso, la capacidad de generar intimidación (335).

¹¹⁷ COMISIÓN EUROPEA, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de Acción renovado de la UE contra el Tráfico Ilícito de Migrantes (2021-2025)», p. 4: «en algunos casos, estas redes tienen vínculos con organizaciones delictivas violentas o grupos armados, como en algunas zonas del Sahel, y pagan por transitar de forma segura por secciones de territorio bajo su control».

el cual es definido por Bocanegra como «el correcto e imparcial funcionamiento de los servicios e instituciones públicas y de los mercados»¹¹⁸. Como señala esta autora, la organización criminal es una «máquina delictiva» y su mera existencia, en esta constelación delictiva, implica un ataque más serio y pone en peligro algo más que la política migratoria estatal, el orden público en sentido institucional, de ahí el incremento punitivo¹¹⁹.

Los elementos del tipo objetivo coinciden con los del tipo básico de ayuda a la entrada o tránsito (no a la permanencia), pero se añade que los autores hayan actuado en el seno de una «organización» que se dedique al tráfico de personas. Por organización criminal el art. 570 bis CP comprende la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

2.1. La Circular FGE 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, y sobre la base de una línea jurisprudencial consolidada, recuerda que los criterios que permiten diferenciar la existencia de una organización (o grupo) criminal frente a los supuestos de codeincuencia o ejecución del delito por una pluralidad de personas son los siguientes: (i) el acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un proyecto o plan delictivo, con anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados, y dotado de una cierta continuidad temporal o durabilidad, que supere la simple u ocasional «consorciabilidad» para el delito; (ii) la trascendencia del acuerdo de voluntades más allá del concreto hecho ilícito o ilícitos que se cometan; (iii) la distribución de cometidos o tareas a desarrollar; (iv) la existencia de una mínima estructura criminal presidida por la idea de coordinación adecuada a la actividad criminal programada; y (v) el empleo o acopio de medios idóneos a los planes de la organización o grupo criminal¹²⁰.

En palabras de García Álvarez, esto supone «que para que pueda ser apreciado este tipo cualificado no va a ser suficiente el que el hecho sea cometido por varias personas a título de autor, sino que será necesario que quede acreditado que esa agrupación tiene carácter, cuanto menos,

¹¹⁸ BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., *Los delitos de organización criminal y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Bosch, Barcelona, 2020, p. 99.

¹¹⁹ En este sentido, LLOBET ANGLÍ, M., «Delitos contra el orden público», en Silva Sánchez, J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 476, «el fenómeno de la criminalidad organizada atenta contra la base misma de la democracia».

¹²⁰ Circular 2/2011, de 2 de junio, de la FGE sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp. 20 y ss.

estable y que los miembros de la misma se reparten de forma consensuada tareas con el fin de delinquir»¹²¹.

2.2. Es también importante señalar que, hasta la reforma operada por la LO 1/2015, el ámbito de aplicación del art. 318 bis era más amplio que la redacción vigente, ya que bastaba para aplicar esta modalidad con que se tratase de una «organización o asociación, incluso de carácter transitorio» que se dedicara al tráfico. Sin embargo, tras la última reforma el precepto sólo emplea el término «organización». Entendemos que el legislador utiliza este concepto no en el sentido de la pertenencia a un mero grupo criminal del art. 570 ter CP, el cual se concibe como unión más contingente y menos formalizada¹²², sino en el sentido de su «hermana mayor» (STS 30/2019, de 29 de enero), es decir, del delito de constitución o pertenencia a una organización criminal que regula el art. 570 bis CP¹²³.

Asimismo, procede anotar que la redacción vigente del art. 318 bis plantea, al menos, dos dudas interpretativas por su relación con los arts. 570 bis y ter CP.

Primero, cuando los autores del tráfico de personas actúan desde el seno de una organización criminal surge el interrogante de si se ha de aplicar el tipo cualificado de tráfico o el tipo básico de tráfico en concurso con el delito de organización criminal del art. 570 bis CP, para no incurrir en infracción del principio *non bis in idem*, ya que el art. 570 quater CP prevé una excepción a las reglas generales del art. 8 CP e impone que, en caso de concurso aparente de leyes, se aplique el principio de alternati-

¹²¹ GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP», pp. 11-12.

¹²² BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «Delincuencia organizada», p. 337, el grupo criminal «viene configurado en el art. 570 ter 1 II CP de manera residual respecto a la “organización criminal”, como una agrupación de al menos tres personas dedicadas a cometer delitos, pero sin las notas de vocación de estabilidad y actuación coordinada bajo un reparto de roles que caracterizan a la organización»; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., «La responsabilidad criminal de los miembros de una organización o de un grupo criminal (arts. 570 bis y 570 ter CP): ¿Un problema de autoría y participación o de tipicidad?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022, p. 15, «solución “comodín” para castigar lo que no es organización criminal»; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal», *InDret*, núm. 1, 2012, p. 23, añade que en la delimitación tradicional entre asociación o grupo y organización destacaban tres notas: la orientación a la comisión de delitos graves, la adopción de una estructura compleja y la búsqueda de beneficio o poder como objetivo.

¹²³ En el fondo, la redacción actual del precepto permite volver a la interpretación restrictiva que pareció trancar la reforma operada por LO 5/2010. Sobre ello, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Trata de seres humanos y delincuencia organizada», pp. 22 y 26; en contra de esta interpretación, LAFONT NICUESA, L., «La protección jurídica penal de los inmigrantes y trabajadores extranjeros», Ponencias de Formación Continuada, Centro de Estudios Jurídicos, Fiscalía General del Estado, Coruña, 2017, pp. 35-36, «en mi opinión sí está incluido... siempre que se acuse por organización criminal, alternativamente hay que hacerlo por grupo criminal».

dad, es decir, la figura con la pena mayor. La duda surge porque en este caso ambas figuras se castigan con la misma pena (prisión de cuatro a ocho años). A nuestro juicio, la previsión del art. 570 quater CP se concibe como una salvaguarda que el legislador establece por si hubiese algún precepto en el que el reproche, medido por la cantidad de pena señalada, se revele muy dispar al de la figura del art. 570 bis CP. En cambio, si se prevé la misma pena, entendemos que deben regir las reglas generales del art. 8 y este interrogante exegético se ha de resolver conforme al principio de especialidad, es decir, ha de aplicarse, como así viene haciendo la jurisprudencia, el tipo cualificado de tráfico de personas del art. 318 bis 3 CP¹²⁴.

Segundo, cuando los autores del tráfico de personas están organizados de tal manera que ya no es un mero supuesto de coautoría, aunque aquella no sea muy rígida ni quede acreditada la vocación de permanencia, entonces no se podrá aplicar el art. 318 bis 3 CP, sino que se habrá de aplicar el tipo básico del delito de tráfico de personas en concurso con el delito de pertenencia a un grupo criminal del art. 570 ter 1 c) CP¹²⁵.

3. Recientemente, la STSJ Andalucía 280/2020, de 20 de octubre, condena por el tipo cualificado del tráfico de personas a los organizadores de dos traslados de inmigrantes en situación irregular en patera desde Marruecos hasta la costa andaluza. En este caso, quedaron acreditados los elementos inherentes a toda organización criminal. El tribunal constata que había una estructura y que planificaron el reparto de tareas: Sabino ponía anticipadamente el dinero para comprar la patera y organizaba

¹²⁴ Creemos que se puede leer en este sentido a VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Trata de seres humanos y delincuencia organizada», p. 27, «debe defenderse, ya no solamente por mor del principio de alternatividad, sino en virtud del de especialidad e incluso subsidiariedad, la aplicación preferente» del subtipo agravado de trata. FARALDO CABANA, P., «Cuestiones concursales en los delitos de organización o grupo criminal», en Zúñiga Rodríguez, L. (Dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 530, se muestra especialmente crítica con la regla del art. 570 quater CP. Además, BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «Delincuencia organizada», p. 339, señala con acierto que es «incoherente» que el legislador tipifique como figura autónoma la pertenencia o constitución de una organización criminal y que, al mismo tiempo, lo prevea como circunstancia agravante específica para algunos delitos, porque estos subtipos agravados vendrían a reflejar «la voluntad de circunscribir el castigo de dicha conducta a una lista cerrada de supuestos».

¹²⁵ No hemos encontrado pronunciamientos en este sentido, aunque esta solución así la pone de manifiesto la Circular FGE 2/2011, p. 27: «existen subtipos agravados que sólo comprenden la pertenencia a organización criminal y no a grupo criminal, de modo que no se plantea conflicto de normas, sino que se aplicará un concurso real de delitos entre el tipo básico del delito cometido y el art. 570 ter cuando el sujeto activo del delito cometido en el seno del grupo criminal sea a su vez miembro del grupo o realice alguna otra de las conductas típicas previstas en el art. 570 ter». En la doctrina científica, FARALDO CABANA, P., «Cuestiones concursales», p. 530, «tratándose de grupo criminal no se plantea un conflicto de normas, sino un concurso real entre el tipo básico del delito cometido y el art. 570 ter CP».

el viaje desde su domicilio en Baleares, Rodrigo recogía el dinero de los migrantes y viajaba con ellos pilotando la embarcación y Segundo les esperaba en la costa peninsular y practicaba traslados una vez habían alcanzado suelo nacional. También facilita la apreciación del carácter estable o por tiempo indefinido el hecho de que realizaron más de un traslado en pocos meses.

Con todo, no siempre resulta sencillo acreditar o probar la existencia de una organización criminal, lo que se aprecia en numerosos pronunciamientos desestimatorios, tendencia que quizás se ha acentuado desde la redacción más restrictiva que introdujo la LO 1/2015. Veamos algunos ejemplos.

La SAP Islas Baleares 72/2023, de 27 de febrero, reconoce que «la realización de una travesía clandestina desde las costas de Argelia hasta Baleares requiere de una planificación y de una infraestructura de medios materiales y personales» (FJ 3), pero en dicho asunto descarta que haya quedado acreditada la existencia de una organización criminal porque, a la vista de la declaración del testigo protegido, solo se habría advertido un supuesto de codeinfluencia, ya que solo se identificó a dos intervinientes. Por un lado, el acusado (patrón), y, por otro, el tercero al que se entregó el dinero.

La SAP Islas Baleares 449/2022, de 28 octubre, en un supuesto similar también señala que es de imaginar que una travesía de estas características requiere de planificación y de una infraestructura, sin embargo, «esta circunstancia no puede deducirse del sólo hecho de que [el acusado] fuera el patrón de la embarcación» (FJ 4). Entiende la AP que no se ha practicado prueba suficiente para acreditar esa circunstancia agravante y le absuelve de esta modalidad.

La SAP Málaga 31/2020, de 26 de noviembre, conoce de un asunto en el que varios acusados, previo pago de cierta cuantía, organizan el traslado clandestino a la península de doce inmigrantes irregulares en una pequeña embarcación. Consta acreditado que intervinieron al menos tres personas en el plan criminal, lo que sería un indicio para advertir una organización criminal en el sentido del art. 570 bis CP, pero la AP lo descarta porque entiende que solo se ha podido documentar un concierto ocasional: «el mero y ocasional reparto de funciones —como el de patrón de la embarcación o la adquisición de ésta— no diferencia el caso delictivo de otro cualquiera en el que participan varias personas, codeinfluencia que, como ha quedado dicho, no implica *per se* la existencia de organización en el sentido pretendido por la acusación» (FJ 5).

O, por citar otro ejemplo, la SAP Cádiz 177/2019, de 3 junio, se ocupa de la acusación de quien se desempeñó como patrón de una embarcación «contratado por personas no identificadas encargadas de la organización del viaje» en el que se trasladó a varios extranjeros en situación irregular. La AP absuelve de esta modalidad agravada por falta de prueba: solo se

ha identificado a «la persona que pilota la nave» y, aunque «se ha aludido a otra que cobra el dinero, y a una serie de personas intermediarias no identificadas que trasladan a los inmigrantes desde sus puntos de origen a una casa en Tánger, esperando embarcar», así como a «una serie de personas armadas al parecer de seguridad, cuando realizan el acceso a la embarcación», entiende que no es suficiente para enervar la presunción de inocencia: «no podemos asegurar que el traslado y el transporte de inmigrantes, el traslado a Tánger y luego a Asilah, implique que el acusado formase parte de una organización en los términos del subtipo agravado» (FJ 4).

Señalado lo anterior, podría transmitirse la impresión de que supuestos de este tipo, en los que existe una intuición insuficiente para acreditar la existencia de la organización criminal, se tratan de manera «privilegiada» tras la disminución de la pena para el tipo básico de tráfico de personas que operó la LO 1/2015. Sin embargo, esta impresión sería poco ajustada a la realidad, porque la cautela de la jurisprudencia en la aplicación del subtipo de organización criminal del apartado a) del art. 318 bis 3 CP contrasta con la predisposición que muestra a aplicar el subtipo de puesta en peligro de la vida o la salud del apartado b), castigado con la misma pena. Expresado con otras palabras: en estos supuestos no ha habido un atemperamiento del rigor punitivo. La aplicación más restrictiva de la modalidad de organización criminal queda compensada, con creces, por la aplicación recurrente del subtipo de puesta en peligro de la vida o la salud. Por ejemplo, en las cuatro sentencias que acabamos de mencionar se condena a los acusados por dicho subtipo agravado.

4. En definitiva, la modalidad agravada de organización criminal sólo se puede aplicar cuando quede probada la concurrencia de aquella en el sentido del art. 570 bis CP. Esto significa que la LO 1/2015 ha traído consigo una reducción del alcance de este subtipo, ya que antes aludía al posible carácter transitorio de la organización, lo que permitía entender incluido en su literalidad el mero grupo criminal del art. 570 ter CP. Pese a lo señalado, no ha habido una disminución reseñable del rigor punitivo en los casos grises, porque pese a las numerosas absoluciones por el art. 318 bis 3 a) CP, encontramos una predisposición de la jurisprudencia a aplicar la modalidad de puesta en peligro de la vida y la salud. A continuación, analizamos sus elementos y exponemos que, a nuestro juicio, el origen de su abundante aplicación reside en una incorrecta interpretación del mismo como delito de peligro abstracto y no de peligro concreto.

3.4.2. Cuando se hubiere puesto en peligro la vida o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves

1. De acuerdo con la redacción dada por la LO 1/2015 al Título XV bis del CP, el artículo 318 bis 3 en su apartado b) castiga con la pena de prisión de cuatro a ocho años tanto el delito de ayuda sin ánimo de lucro a

la entrada y tránsito irregular como el delito de tráfico ilegal de personas «cuando se *hubiera puesto en peligro* la vida de las personas objeto de la infracción, o se *hubiera creado el peligro de causación* de lesiones graves» (cursivas nuestras). Este subtipo cualificado del delito de tráfico ilegal de personas es un delito pluriofensivo. A la protección de la política migratoria se suma una nueva dimensión protectora: la vida y la salud de los migrantes que, con ayuda, entren o transiten irregularmente por España.

La redacción ofrecida por el legislador español deja abierto el siguiente interrogante: *¿es este subtipo cualificado del delito de tráfico ilegal de personas un delito de peligro concreto o de peligro abstracto?* La trascendencia dogmática y las consecuencias prácticas de esta caracterización son relevantes porque la distinción entre el marco penológico aplicable al tipo básico de tráfico y al tipo cualificado es muy significativa. Del límite máximo de un año de prisión se asciende al límite máximo de ocho años.

Para tratar de responder a esta pregunta, debemos descartar la ayuda de los instrumentos internacionales que impulsaron la labor de nuestro legislador. Por un lado, en el plano internacional, el Protocolo de Palermo o Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, contiene una definición ambigua: los Estados parte podrán considerar como agravante toda circunstancia que «*ponga en peligro o pueda poner en peligro* la vida o la seguridad de los migrantes afectados» (cursivas nuestras). La primera expresión de puesta en peligro (efectiva) parece facultar la aprobación de un tipo de peligro concreto. La segunda expresión de «poder poner en peligro» adelanta, en cambio, la protección. En vez de frente a una situación de peligro concreto, se protege frente a acciones intrínsecamente peligrosas, protección a la que se acomoda el tipo de peligro abstracto. Además, los trabajos preparatorios del protocolo a los que hemos podido acceder y las notas interpretativas que formularon los Estados no se pronuncian sobre este extremo. Por otro lado, en el ámbito europeo, la Directiva 2002/90/CE, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular, no contiene referencia alguna a esta modalidad cualificada. En definitiva, no encontramos en las normas internacionales criterios para guiar la interpretación del precepto.

Dirigimos nuestra atención, por ello, al ámbito interno. La doctrina penal española se ha pronunciado mayoritariamente a favor de interpretar como delito de peligro concreto el tráfico ilegal de personas con puesta en peligro de la vida o de la salud de los migrantes¹²⁶. Esto es, el

¹²⁶ Entre otros: PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas*, pp. 94 y ss., p. 270 ; RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, pp. 105 y ss.; SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J.R., «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Manuales de Formación Continuada*, núm. 5, CGPJ, 1999, p. 395; *el mismo*, «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Laurenzo Copello, P. (Coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 340; GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El

tipo cualificado entraría en juego cuando el comportamiento de tráfico se cometa con desprecio hacia la vida o la salud de las personas, provocando una concreta situación de peligro para aquellos bienes jurídicos. El artículo 318 bis 3 b) sería un subtipo cualificado por el resultado, por la situación de peligro creada para un bien jurídico individual.

Sin embargo, esta interpretación no ha sido unánime en la jurisprudencia. En este sentido, la STS 11/2018, de 15 de enero, ha reconocido que «la jurisprudencia de esta Sala no presenta la uniformidad que habría sido deseable»¹²⁷ y se inclina por la postura de la doctrina penal: «toda apunta a que esta última caracterización [como delito de peligro concreto] es más conforme con los principios que han de informar el sistema penal». A pesar de esta declaración, a nuestro juicio, la jurisprudencia sigue tratando el delito de tráfico ilegal de personas con puesta en peligro de la vida o salud, mayoritariamente, ya sea de manera tácita, ya de manera expresa, como un delito de peligro abstracto y no tanto como un delito de peligro concreto. En lo que sigue esquematizamos en tres grupos los pronunciamientos que hemos analizado, lo que creemos que contribuye a la mejor comprensión del fenómeno jurisprudencial al que nos referimos.

2. Encontramos un primer grupo de sentencias que describen este subtipo como delito de peligro concreto, pero sólo formalmente, es decir, lo aplican sin haber constatado la requerida situación de peligro¹²⁸.

tenor literal del artículo 318 bis CP», p. 12. También se ha consolidado esta comprensión en la «manualística»: GIMA LIZANDRA, V., «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Boix Reig, J. (Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen III*, Iustel, Madrid, 2012, p. 89; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en González Cussac, J.L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 502; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Morillas Cuevas, L. (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 689.

¹²⁷ También apuntan en esta dirección la STS 388/2018, de 25 de julio, o la SAP Las Palmas 245/2020, de 30 de octubre.

¹²⁸ Sin ánimo de exhaustividad: SAP Murcia 16/2020, de 28 de enero; STS 11/2018, de 15 de enero; SAP Almería 267/2017, de 8 de junio; SAP Granada 302/2013, de 24 de mayo; SAP Cádiz 422/2012, de 19 de diciembre; STS 152/2010, de 2 de marzo; STS 491/2005, de 18 de abril; SAP Cádiz 196/2004, de 21 de julio; STS 1248/2002, de 28 de junio. Más recientemente el ATS 1063/2022, de 24 noviembre, FJ 2, afirma que «esta cualificación da lugar a la tipificación de un delito de peligro concreto y tiene presente las situaciones de alto riesgo en que muchas ocasiones se produce el tráfico ilegal de personas», pero en el asunto que le ocupa parece que solo da detalles sobre el potencial estadísticamente peligroso de la travesía: «los acusados carecían de la titulación y de la experiencia necesaria, y la nave utilizada no reunía las condiciones necesarias para una travesía en alta mar y de larga duración, estando cargada con más del doble del peso máximo... no proporcionándoles a los pasajeros chalecos de seguridad, sin que funcionara la bomba de achique automático que tenía instalada, incrementándose debido a ello el riesgo de naufragio, y realizando parte de la travesía de noche», «además en la cubierta del barco había numerosos bidones de gasolina» y al acercarse a tierra el patrón se saltó el alto de una patrullera de la Guardia

Entre otras, la STS 1248/2002, de 28 de junio, condena por la modalidad agravada a los dos patrones de una patera que trasladó hasta Gran Canaria a trece personas en situación irregular. Los recurrentes alegan ante el Tribunal Supremo que no se ha respetado su presunción de inocencia porque no se ha practicado prueba alguna que acredite que su conducta haya puesto en «peligro concreto» la vida o salud de las personas objeto del tráfico. El Tribunal Supremo recuerda que «la determinación de la concurrencia en los hechos enjuiciados del peligro que contempla el art. 318 bis 3º CP debe ser obtenida por el tribunal mediante un juicio de inferencia, deducido del análisis de los datos y circunstancias fácticas que figuren en el relato histórico». Apuntado esto, el Tribunal Supremo entiende que el juicio de inferencia no fue irracional o absurdo. Sin embargo, los motivos que ofrece se centran en la peligrosidad genérica que tiene la travesía en patera: se empleó una «embarcación precaria, carente de los mínimos elementos de seguridad y de ayuda a la navegación y, por ello, sumamente vulnerable en un medio de suyo hostil... Si a estas consideraciones se añade la realidad que ofrece la experiencia, que demuestra empíricamente los numerosos episodios de personas fallecidas en situaciones idénticas al supuesto de hecho enjuiciado, lo que pone de manifiesto la certeza del grave peligro... habrá de concluirse que el pronunciamiento inferido por el tribunal sentenciador se ajusta plenamente a los cánones de la racionalidad, de la lógica, de la experiencia y del recto criterio humano». No cabe ninguna duda de que el Tribunal Supremo trata este subtipo como un delito de peligro abstracto. El tipo se ha aplicado porque en abstracto, conforme a las reglas de la experiencia, la travesía en patera organizada por los autores es peligrosa.

De manera similar, la STS 491/2005, de 18 de abril, imputa la modalidad cualificada de tráfico a un ciudadano marroquí que transportó a 27 personas desde Marruecos a Lanzarote. El patrón de la embarcación fue interceptado cuando se encontraba ya de vuelta a Marruecos. La AP señaló que la vida e integridad de los ocupantes se puso en «concreto peligro» porque se trataba de una embarcación pequeña, «totalmente inadecuada para el transporte de personas en una travesía de casi 24 horas, careciendo de las mínimas condiciones de seguridad». A lo anterior, el Tribunal Supremo añade, de nuevo, que «la experiencia, que demuestra empíricamente los numerosos episodios de personas fallecidas en situaciones idénticas al supuesto de hecho enjuiciado», pone de manifiesto la «certeza del grave peligro» que aprecia la AP. El Tribunal Supremo vuelve a ofrecer una aplicación del precepto como delito de peligro abstracto. Si, como señala la doctrina, para acreditar la creación de un resultado de peligro concreto es necesario que la acción haya avanzado hasta el punto

Civil «aumentando la velocidad de la nave, hasta el punto de que la patrullera no pudo darle alcance», todo lo que habría puesto «en concreto peligro la vida y la integridad física de las personas que transportaron».

en el que la producción del resultado lesivo (muerte, lesiones) ya solo puede ser evitado por externalidades no controlables por el autor, fruto de la casualidad, entonces no se puede afirmar que el patrón haya creado una situación de peligro concreto para la tripulación. Que esta forma de entrada clandestina sea estadísticamente peligrosa, no debería bastar para aplicar el subtipo agravado.

Más recientemente, la STS 152/2010, de 2 de marzo, sanciona con el tipo agravado a los patrones de una patera que transportaron ilegalmente a España a 62 inmigrantes «valiéndose de sus conocimientos de navegación». El recorrido fue de más de 800 km, entre el extremo norte de Mauritania y Gran Canaria. Uno de los motivos de casación de los patrones alega que no habrían puesto «en concreto peligro» la vida o la salud de las personas transportadas. La AP señaló, entre otras razones, que la embarcación «carecía de las mínimas condiciones de seguridad, de algún instrumento que sirviera para comunicarse con el exterior, en caso necesario, así como de chalecos salvavidas para todos los viajeros o cualquier otro elemento que permitiera prevenir cualquier contingencia que pudiera presentarse». Para el Tribunal Supremo «resulta indiscutible que utilizar una embarcación con las características de la intervenida» supone poner «en peligro» la vida o la salud de los migrantes transportados.

También la SAP Murcia 16/2020, 28 de enero, condena a dos patrones argelinos que transportaron desde Argelia hasta las proximidades del Cabo de Palos a 16 migrantes. Entiende la AP que «con dicha actuación se puso en peligro la vida de los demás ocupantes, por cuanto dicha embarcación “patera” es inviable técnica y materialmente para una navegación marítima superior a la costera», «nuestra doctrina jurisprudencial indica que existen ciertos medios para el transporte que incorporan generalmente este elemento de peligro, entre ellos, los traslados en frágiles embarcaciones generadores por sí del peligro concreto [!]»¹²⁹.

En definitiva, este primer grupo de sentencias se refiere expresa o tácitamente a la creación de un peligro concreto, pero sólo formalmente. A la hora de analizar el supuesto de hecho, el delito de tráfico ilegal de personas con puesta en peligro de la vida o de la salud se aplica como delito de peligro abstracto. Es decir, no se atiende a los criterios que la doctrina ha desarrollado para identificar la realización de la situación de peligro, tales como que la acción inicie un curso causal tendente a la lesión y que esta no se produzca por «casualidad» o por circunstancias en las que el autor no podía confiar. En estos pronunciamientos nuestros tribunales, en cambio, se preocupan sólo de examinar la peligrosidad general, estadística, de la acción, de su peligro abstracto.

¹²⁹ Y continúa: «el haber alcanzado la costa española, no difumina, ni enerva la existencia de un riesgo para la vida e integridad física que existió durante la travesía, con independencia del éxito de la misma».

3. Un segundo grupo de sentencias, más minoritario, reconoce lo que se intuye en el grupo anterior, esto es, que la modalidad agravada se interpreta como un delito de peligro abstracto. La STS 689/2005, de 3 de junio, confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, en la que se condena por el tipo cualificado a Andrés, quien, provisto de traje de neopreno, remolcó a nado una balsa de goma de pequeñas dimensiones ocupada por dos ciudadanos extranjeros desde la costa de Marruecos hasta la ciudad de Ceuta, con la intención de introducirlos de forma ilegal en España. Cuando se encontraban a unos trescientos metros de la costa, una patrulla de la Guardia Civil acudió al lugar del previsible desembarco. En ese momento, Andrés abandonó la balsa y se dirigió a nado a un lugar de la costa para esconderse, mientras los inmigrantes transportados llegaron a la orilla utilizando las manos como medio de propulsión. Queda acreditado que uno de ellos presentaba síntomas de hipotermia porque tenía la ropa completamente mojada, precisando asistencia médica. El Tribunal Supremo desestima el recurso de Andrés porque «es dato de experiencia que, en este escenario, no estando acreditado conocimientos de natación, no es serio cuestionar el riesgo para la vida de los transportados». Se justifica la aplicación del subtipo cualificado porque la puesta en peligro de la vida o de la salud merece «un plus de punición», «puesta en peligro que debe estimarse como peligro abstracto... no se exige una situación de concreto peligro para las personas transportadas» (FJ 2).

En este sentido, también podemos señalar la STS 1268/2009, de 7 de diciembre. Esta sentencia desestima el recurso de los patrones de una patera que, valiéndose de sus conocimientos de navegación (eran marineros), transportaron en su interior a 65 migrantes de origen subsahariano desde Nuadibú (Mauritania) hasta el sur de Gran Canaria, a cambio de una cantidad que oscilaba entre 450 y 900 euros: «la embarcación era totalmente inadecuada para el transporte de personas en una travesía desde el continente africano hasta las Islas Canarias, carecía de las mínimas condiciones de seguridad, de algún instrumento que sirviera para comunicarse con el exterior en caso de que fuera necesario, así como de chalecos salvavidas o cualquier otro elemento que permitiera prevenir cualquier contingencia». Los recurrentes alegan que se ha aplicado erróneamente el tipo agravado porque «se trata de un delito de peligro concreto, y en los hechos probados no se recoge la existencia de tal peligro». En cambio, el Tribunal Supremo entiende que «el viaje, en tales condiciones, constituía un evidente peligro para la vida, salud o integridad de los viajeros. Debe significarse que el peligro enunciado en el tipo es abstracto, que no concreto, esto es, para apreciar el subtipo basta que objetivamente se advierta en el viaje circunstancias que hagan altamente probable un resultado lesivo para los sujetos pasivos» (FJ 2).

Pese a que rechazamos la interpretación del subtipo como de peligro abstracto, entendemos que, en caso de que como tal se aplique, lo conveniente es que así sea expresada su condición por la jurisprudencia, como en estos asuntos.

4. Podemos mencionar, en tercer lugar, que también algunas sentencias siguen la interpretación que consideramos correcta y aplican el subtipo agravado como un auténtico delito de peligro concreto.

Entre otras, la STS 22/2012, de 23 de enero, se refiere a los siguientes hechos probados: los recurrentes, de común acuerdo con los promotores del viaje, que permanecieron en tierras mauritanas, se constituyeron en grupo con el fin de asumir el gobierno de una embarcación para transportar, al menos, a 59 personas con destino a España desde Nuadibú (Mauritania). Los recurrentes realizaron diversas labores de gobierno, de pilotaje de la nave, dieron órdenes al pasaje, les informaron de las circunstancias del trayecto con el fin de mantener la disciplina y prepararon la comida que después se repartía, junto con el agua, al resto de personas. Ha quedado acreditado que la embarcación («cayuco») era absolutamente inadecuada para la travesía de cientos de kilómetros entre Mauritania y España. De hecho, era utilizada habitualmente para labores de pesca de bajura. El viaje por alta mar se prolongó durante casi una semana, hasta que llegaron a la isla de La Gomera por sus propios medios. Ante la errónea previsión de agua y alimentos, las reservas se agotaron el tercer día. Esto provocó una situación generalizada de debilitamiento y deshidratación del pasaje. Se ha probado la muerte de cinco tripulantes, cuatro durante el tránsito y uno a su llegada a La Gomera. El Tribunal Supremo entiende que la organización de esta expedición marítima en tales condiciones supuso «no sólo la promoción de un tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas, carentes de la autorización y requisitos legales para ello, con destino a nuestro país, sino, es más, la puesta en peligro concreto y grave para la vida, o cuando menos, la salud de las mismas». Por tanto, ratifica la sentencia de la AP de Tenerife, que había condenado a los coautores por cinco homicidios imprudentes, en concurso ideal, y un delito de tráfico ilegal de personas en su modalidad cualificada de puesta en peligro —concreto— para la vida o salud del resto de supervivientes.

El sentido de esta sentencia también se observa en la SAP Las Palmas 245/2020, de 30 de octubre. Se trató del traslado de 30 personas en patera desde la costa de Marruecos a Canarias a cambio de una remuneración. Tras cinco días de travesía, el patrón de la patera ejecutó una maniobra de aproximación a tierra firme muy precipitada y arriesgada, lo que terminó provocando la colisión de la embarcación con una roca. Varios tripulantes cayeron al mar, produciéndose la muerte de dos personas. En este caso también se aplica correctamente el tipo agravado del tráfico ilícito de personas, dado que se puso en peligro concreto la vida o salud de los ocupantes de la patera supervivientes¹³⁰.

¹³⁰ La SAP Las Palmas 245/2020, de 30 de octubre, presenta, no obstante, alguna declaración ambigua. Por un lado, señala que «la situación de peligro se infiere sin ambages de las circunstancias propias en las que se hizo el viaje», lo que parece tener

5. En conclusión, observamos que nuestra jurisprudencia ha sido muy heterogénea. Defendemos que este precepto ha de ser interpretado como un delito de peligro concreto y que, en consecuencia, la concreta situación de peligro tiene que ser inferida de las circunstancias en que se realiza el traslado. Si el tipo cualificado del artículo 318 bis 3 b) es un delito de peligro concreto entonces sólo podemos admitir su aplicación cuando las circunstancias nos permitan representar esa situación concreta de peligro, no como una hipótesis basada en la experiencia, sino como la consecuencia natural a la que, desde una perspectiva *ex ante*, dirigía el comportamiento del traficante. No parece suficiente que la acción sea meramente peligrosa. Casi toda ayuda a la entrada clandestina en nuestro país por vía marítima o por vía terrestre va a adolecer de ciertos riesgos y peligros para los bienes más personales del migrante. Para aplicar el subtipo cualificado no es suficiente una presunción genérica de que el comportamiento y los medios empleados son peligrosos. Es necesario aplicar las reglas aportadas por la doctrina para identificar la creación del resultado de peligro, esto es, solo se justifica la aplicación del tipo cualificado cuando el resultado lesivo al que dirige el curso causal iniciado por la conducta del autor no tiene lugar por «casualidad», por razones no controlables por aquel o en las que no podía confiar¹³¹.

3.4.3. Cuando el sujeto activo sea autoridad o funcionario público

1. El art. 318 bis 4 CP establece que serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años y, además, a la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, quienes «realicen los hechos prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público». A efectos

en mente la peligrosidad de la acción y no tanto la creación de una situación de peligro concreto para tales bienes. Por otro lado, insiste en que esta situación de peligro «queda evidenciad[a] por los indicados fallecimientos, derivados precisamente de las condiciones en que se produjo el viaje y de la insensata ejecución de la maniobra final de aproximación a tierra». A nuestro juicio, es sólo este segundo hecho, la maniobra de aproximación, el que cualifica la acción, el que crea una situación de peligro concreto. Es la errática aproximación a tierra la que deja el resultado «muerte» o «lesión» grave a merced de circunstancias no controlables por el autor.

¹³¹ KISS, A., «Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”?», *InDret*, núm. 1, 2015, p. 17, «se ha propuesto que el observador que efectúe el pronóstico (o, mejor dicho, el diagnóstico) de peligro concreto no debe incluir (abstracción consciente): (i) razones que no pueden explicarse (Horn); (ii) circunstancias en las que no se puede confiar (Schünemann); circunstancias anormales, no previstas con anterioridad en el ámbito correspondiente para prevenir daños (Demuth); (iv) circunstancias anormales, a menos que, a pesar de que no puedan preverse con anterioridad, se emplacen en el caso de manera confiable (Wolter); y (v) factores indominables, cuya capacidad de neutralizar el peligro no puede aprovecharse de manera dirigida (Kindhäuser)».

de la responsabilidad penal, se maneja el concepto amplio de autoridad y funcionario público del art. 24 CP¹³².

2. En la práctica, la casuística no es abundante ni muy heterogénea. Las condenas han recaído principalmente sobre algunos funcionarios policiales destinados en los puestos fronterizos o asimilados. Veamos algunos ejemplos.

La SAP Cádiz 46/2015, de 13 abril, condena, entre otros, a un policía nacional destinado en la estación marítima de Ceuta que se ocupaba de controlar la documentación durante el embarque de los navíos que se dirigían a la península. De acuerdo con la AP, el autor «tomó parte en los actos de facilitación de la inmigración clandestina aprovechando que desarrollaba precisamente en el desempeño de su cargo como miembro del Cuerpo Nacional de Policía funciones de control de la habilitación legal para acceder a territorio peninsular de los extranjeros» (FJ 7).

Por su parte, la SAP Málaga 19/2013, de 21 marzo, condenó a un Guardia Civil que desempeñaba sus funciones en el puesto fronterizo de Beni-Enzar (Melilla). En este asunto, el agente de la Guardia Civil se había puesto de acuerdo con un amigo suyo (civil) para facilitar la entrada en el país, oculto en el vehículo de este, de un ciudadano congoleño que no poseía la documentación requerida para entrar o transitar por España.

Otros pronunciamientos también condenatorios que podríamos mencionar han sido la SAP Málaga 10/2011, de 4 febrero, o la STS 727/2004, de 10 junio.

3.5. Modalidad atenuada

1. La reforma operada por LO 11/2003, de 29 de septiembre, que precisamente aumentó considerablemente la penalidad del tipo básico, introdujo al mismo tiempo un subtipo atenuado cuya redacción perma-

¹³² Sobre el concepto de funcionario público, MARTÍN LORENZO, M., «Concepto penal de funcionario y externalización de funciones públicas», en Maqueda Abreu, M.L., Martín Lorenzo, M., Ventura Püschel, A. (Coords.), *Derecho Penal para un Estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UCM), Madrid, 2016, p. 212, recuerda que en nuestra rama del ordenamiento manejamos un concepto autónomo de funcionario público que tiene como elementos definitorios «el ejercicio de funciones públicas y el título habilitante para ello», aclarando más adelante que no existe «en la jurisprudencia un concepto estático y cerrado de funcionario a efectos penales, en el sentido de que estén perfectamente delimitados sus contornos o su extensión, sino que, como apuntan los tribunales, en cada caso corresponde al órgano judicial integrar el concepto de funcionario público en función de las circunstancias concretas y del tipo delictivo en cuestión».

nece estable hasta la actualidad. El art. 318 bis 6 CP vigente señala que «los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada».

Este subtipo es aplicable teniendo en cuenta bien elementos de naturaleza objetiva («la gravedad del hecho y sus circunstancias»), bien elementos de naturaleza subjetiva («las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste»). En el subtipo podrían ser subsumibles comportamientos prácticamente inocuos para el bien jurídico «política migratoria», como cuando se ayuda a la entrada o tránsito de un único migrante o dicho comportamiento merezca poco reproche por las condiciones del autor o la finalidad con la que se ha llevado a cabo, por ejemplo, porque el beneficio económico pretendido sea escaso.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha admitido la concurrencia del tráfico de personas y el tipo atenuado en algunos supuestos. Entre los elementos de naturaleza objetiva que prevé el tipo atenuado (gravedad del hecho y sus circunstancias) puede pensarse, como hemos apuntado, en conductas de ayuda a una única persona por la limitada aptitud lesiva del comportamiento para el bien jurídico¹³³. También la Circular FGE 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración, señala que el subtipo privilegiado «podrá ser apreciado, según las circunstancias concurrentes, cuando el autor haya participado en la acción como *medio para lograr su propia inmigración*» (cursivas nuestras). Entre los elementos de naturaleza subjetiva, el vínculo de parentesco está siendo apreciado por los tribunales, así como la menor entidad del ánimo de lucro perseguido.

2. Mencionemos algún ejemplo que nos familiarice con la casuística.

Como asunto en el que se tiene en cuenta el vínculo de parentesco, podemos señalar la STS 46/2016, de 3 de febrero. En ella se expone que Gerardo, residente en España y de origen nigeriano, solicita la renovación de la tarjeta de residencia de su hija Eva entregando una foto distinta a la que correspondía a Eva. Esta foto resulta ser de su otra hija, que no vivía en España, a la que hace llegar la tarjeta de residencia de Eva

¹³³ En este sentido, STS 1025/2012, de 26 de diciembre, FJ 6: «es claro que atendiendo a criterios de proporcionalidad y de justicia material, la gravedad de los hechos en el caso actual no es demasiado elevada, ya que se trata del tránsito en un vehículo particular, y de una única persona». No lo justifica expresamente, pero la SAP Cádiz 46/2015, de 13 abril, también aplica el tipo atenuado en un supuesto de ayuda al tránsito de un agente de la autoridad a un único inmigrante irregular. Lo curioso de esta sentencia es que sigue un criterio contrario al de la Circular FGE 5/2011, de 2 de noviembre, que señaló que el subtipo atenuado «no puede ser apreciado en relación con los agentes de la autoridad corrompidos».

por correo postal. Su segunda hija es detenida por la Policía al intentar entrar en España desde un vuelo procedente de Marruecos, precisamente por no coincidir la foto de la tarjeta con la que constaba en el archivo policial. La AP de Las Palmas de Gran Canaria condena a Gerardo por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en la modalidad atenuada por ser su hija y como autor de un delito de falsedad en documento oficial. El TS reconoce que el hecho de que la persona cuya entrada en España se trataba de facilitar era su propia hija merecía «menor reproche social y, consecuentemente, de una respuesta penal más favorable» (FJ 3). En cuanto a la concreción de la pena, al haber entrado en vigor la LO 1/2015, se le aplica retroactivamente la reforma por su carácter favorable, siendo condenado a una pena de multa de un mes y quince días con una cuota diaria de 2€/día, es decir, es condenado a una multa de 90€.

Por su parte, la SAP Madrid 242/2018, de 2 abril, se pronuncia sobre la responsabilidad penal de Victorino, que había transportado a varias mujeres chinas presuntas víctimas de trata y en situación irregular desde el aeropuerto de Madrid hasta la dirección indicada por los responsables. Queda acreditado en los hechos probados que Victorino formaba parte del «entramado», pero la AP decide aplicar el subtipo atenuado porque en los traslados que efectúa no existió «violencia alguna» y su «participación se encuentra en la última escala de la organización» (FJ 4).

3. Por último, sostenemos que no sería posible aplicar simultáneamente el subtipo atenuado y el subtipo agravado de puesta en peligro concreto de la vida o de la salud de los ciudadanos extranjeros transportados, porque se suele tratar de hechos de gravedad que solo por circunstancias no controlables por el autor no han dado lugar a una lesión efectiva de tales bienes jurídicos, de manera que sería contradictorio aplicar una atenuación fundamentada en la «escasa» gravedad de un hecho que a punto ha estado de lesionar los bienes jurídicos personales de los migrantes¹³⁴. Lo que no excluimos es la posibilidad de aplicar simultáneamente la agravación de puesta en peligro concreto y la atenuación, cuando esta segunda se basa en alguno de los elementos subjetivos advertidos,

¹³⁴ En este sentido, ATS 369/2023, de 14 abril, «además, concurren circunstancias que han justificado la apreciación del subtipo agravado del art. 318 bis 3 b) CP por el que ha sido condenado, lo que excluye la operatividad del subtipo atenuado que se reclama» (FJ 3).

como el vínculo de parentesco¹³⁵ o que se trate de un tráfico en el que la finalidad lucrativa perseguida sea escasa¹³⁶.

3.6. Sobre la aplicación de la excusa absolutoria de ayuda humanitaria

1. Tenemos que mencionar la incorporación a la normativa española de la posibilidad de excluir la responsabilidad penal en los comportamientos típicos de ayuda a la entrada y tránsito cuando se hayan realizado con fines humanitarios. Así lo establece el art. 318 bis 1 en su párrafo segundo: «los hechos [ayudar a la entrada o tránsito] no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate».

La introducción de esta circunstancia estaba ya prevista, con carácter facultativo, en la Directiva 2002/90/CE. No han sido muchos los Estados de la Unión Europea que la han recogido en su ordenamiento interno¹³⁷. En el caso de España, se introdujo en el año 2015.

Desde su incorporación ha sido comprendida mayoritariamente como excusa absolutoria¹³⁸, aunque Muñoz Ruíz se inclina por sostener

¹³⁵ Como señala GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP», p. 17, n. 46, la jurisprudencia del TS ha reconocido la posibilidad de aplicar el subtipo de puesta en peligro de la vida o de salud cuando medie un vínculo de parentesco entre el autor del delito y los pasajeros o cuando los autores llevaran a cabo la actividad delictiva como medio de pago para su propia migración: STS 164/2023, de 8 de marzo, FJ 2: «Es cierto, no obstante, que la concurrencia del subtipo agravado no excluye en todo caso la posibilidad de apreciar el tipo atenuado, pero dicha posibilidad excepcional debe reservarse a supuestos en los que exista un vínculo de parentesco entre el autor del delito y los pasajeros, sin que concurra otra intención que colaborar con estos a su petición o en su beneficio —vid. STS 768/2007—. O cuando quede fehacientemente acreditado que los acusados realizaron la actividad delictiva —pilotaje de la embarcación— como medio de pago de su propio transporte para lograr ellos mismos una inmigración irregular y siempre, además, que el riesgo de la travesía no fuera excesivamente alto». En este sentido, la STSJ Andalucía 58/2021, de 9 marzo, señala que «como resulta de la propia dicción del precepto, la aplicación del subtipo atenuado *es posible*, aunque ciertamente más difícil, en los supuestos en que concurre también uno de los subtipos cualificados del número 3 del artículo 318 bis» (cursivas nuestras).

¹³⁶ La STS 503/2014, de 18 de junio, condena por el subtipo agravado de puesta en peligro de la vida o salud del extranjero junto al tipo atenuado, porque la finalidad perseguida (obtener 150€) no era especialmente grave.

¹³⁷ JANER TORRENS, J.D., «La cláusula de exención humanitaria y la criminalización de las organizaciones de rescate en el mar», en Lirola Delgado, I., García Pérez, R. (Coords.), *Seguridad y fronteras en el mar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 218, «solo 7 de los 28 [ahora 27] Estados de la Unión prevén en su legislación interna alguna excepción que permita no sancionar a aquellas personas y organizaciones que, por motivos humanitarios, asisten de alguna forma a personas migrantes».

¹³⁸ Entre otros, POMARES CINTAS, E., «Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes», p. 15.

que es una causa de justificación (estado de necesidad)¹³⁹, por lo que su concurrencia convertiría el acto de ayuda en conforme a Derecho. Resulta difícil imaginar supuestos en que esta distinción tenga trascendencia práctica en su aplicación, por ejemplo, no nos imaginamos casos donde pudiera concurrir responsabilidad civil.

2. ¿Qué es lo que dota a la ayuda de un carácter «humanitario»? Parte de la doctrina que hasta el momento se ha pronunciado mantiene que debe seguirse una interpretación basada en el Derecho internacional público, es decir, la ayuda humanitaria se identificaría con la ayuda de emergencia que se presta en situaciones extraordinarias de catástrofe natural o humana, existiendo consenso en que estas últimas situaciones abarcan la existencia de guerra, conflictos armados o catástrofes naturales, y esta ayuda debe regirse por los principios de humanidad, imparcialidad y neutralidad¹⁴⁰. Precisamente por esto no cabría aplicar esta excusa cuando se trata de ayuda entre familiares o personas con un vínculo afectivo, lo que lleva a autores como Pomares Cintas a distinguir entre la «ayuda humanitaria» en el sentido del ordenamiento internacional y la «ayuda generosa» a familiares o personas cercanas, cuya respuesta penal se encauza a través del tipo atenuado¹⁴¹.

Solo hemos encontrado una sentencia del Tribunal Supremo que, desde la entrada en vigor de la LO 1/2015, haya aplicado esta excusa absolutoria¹⁴². Se trata de la STS 261/2017, de 6 de abril, cuyo ponente ha sido Andrés Palomo del Arco. En ella se expone que Román y Natalia (con nacionalidad española esta última), ambos originarios de República

¹³⁹ MUÑOZ RUIZ, J., «La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18, 2016, p. 22, «es un supuesto de estado de necesidad justificante que se resuelve en base al principio del interés preponderante... El deber jurídico de abstenerse de ayudar a extranjeros ilegales también se interrumpe cuando se trata de evitar un mal para el propio inmigrante; se produce un conflicto de intereses que se resuelve a favor de su restablecimiento personal o, incluso de la salvaguarda de su dignidad, sobre el interés político-criminal de gestionar los flujos migratorios»; POMARES CINTAS, E., «Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes», p. 16.

¹⁴⁰ MUÑOZ RUIZ, J., «La ayuda humanitaria», pp. 9 y ss. Estas notas de la ayuda humanitaria se extraen de algunos textos internacionales, como la Resolución AGNU 46/182, de fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia del sistema de las Naciones Unidas, que aprueba un anexo en el que se incluyen, entre otros, los principios rectores de la ayuda humanitaria.

¹⁴¹ GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción», p. 39, «esto implica que seguirán siendo punibles, por ejemplo, las ayudas que se presten por motivos familiares»; POMARES CINTAS, E., «Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes», p. 17.

¹⁴² JANNER TORRENS, J.D., «La cláusula de exención humanitaria», p. 225, aprecia que este fenómeno no es solo algo particular de España: «la proyección real y práctica de la cláusula humanitaria parece ser pues muy limitada. No se entiende que cuatro de los siete Estados de la Unión que la han incorporado sean precisamente los que han abierto procedimientos penales y administrativos contra organizaciones humanitarias».

Dominicana, con el fin de legalizar la situación del acusado y para conseguir, posteriormente, la reagrupación familiar, idearon un plan por el que en 2009 contrajeron matrimonio religioso de forma simulada, inscrito en el Registro Civil de Santa Coloma de Gramanet. Una vez celebrado el matrimonio, don Román se propuso traer a España a su hija Eugenia que vivía en República Dominicana. Así, en 2012 los acusados solicitaron tarjeta de residencia de familiar comunitario para su hija menor, que fue concedida. En 2013, los acusados también solicitaron la residencia como familiar de ciudadano de la UE para el padre de Román, don Celso, que ya se encontraba en España como turista. Esto hizo sospechar a las fuerzas de seguridad del Estado y dio lugar a la causa. La AP de Barcelona condenó por un delito de falsedad documental porque el matrimonio era de conveniencia, conforme al art. 392 en relación con el art. 390.1.2º y 74 CP (que sería descartado por el Tribunal Supremo); y por un delito del art. 318 bis 1.

El TS sostiene que no es posible subsumir la conducta probada en la modalidad de ayuda a la entrada o tránsito del art. 318 bis. Con respecto a Natalia como posible autora porque Román ya residía en España al tiempo del matrimonio simulado. Con respecto a Román, porque no se describe que Eugenia ni Celso entraran ilegalmente en España. Sí se narra que don Celso tenía visado de turista y que la menor Eugenia entró en España con la oculta intención de los acusados de que se quedara a vivir de forma permanente. Tampoco es subsumible la conducta en la modalidad de permanencia porque no concurre ánimo de lucro.

Con todo, el ponente considera que la naturaleza fragmentaria del Derecho penal «exige de la Jurisdicción una necesaria corrección del exceso verbal del tipo que deje fuera del ámbito penal conductas que, pese a contravenir la letra de la ley, no pueden, por coherencia del sistema y exigencia de los principios penales legalizados, ser consideradas delictivas». Cree que no se debe perder de vista que el tipo penal se enmarca en el Título XV bis, considerando que no debe reputarse delictivo todo comportamiento susceptible de ser tipificado como infracción administrativa grave. Indica que hay que identificar «la razón por la que ésta [conducta] adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidad meramente administrativa». Y, en todo caso, «dada la relación familiar directa, con finalidad exclusiva de reagrupación familiar, la hija de muy corta edad y el padre del coacusado, concurre de modo inequívoco la *excusa absolutoria de ayuda humanitaria*, que excluye la punibilidad» (FJ 9) (cursivas nuestras). Por lo tanto, la excusa absolutoria a juicio de esta sentencia del TS podría ir más allá de aquella interpretación conforme a los principios de Derecho internacional público, pese a que podría provocar un cierto solapamiento con el tipo atenuado del art. 318 bis 6.

3. En definitiva, la excusa absolutoria de ayuda humanitaria es un instrumento para dar cumplimiento a nuestra obligación internacional de no perseguir a quienes por motivos humanitarios ayudan a extranje-

ros a entrar irregularmente en nuestro territorio. Sin embargo, apenas está encontrando aplicación en nuestro ordenamiento interno y en los Estados vecinos y tampoco evita la apertura de procesos penales contra las personas que prestan esta clase de ayuda, con el consiguiente efecto desincentivador.

3.7. Responsabilidad penal de la persona jurídica

1. El art. 318 bis 5 CP señala que cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable del delito de tráfico de personas, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante de la actividad delictiva fuese más elevada.

Además, a la luz de las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33, a saber, la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales y establecimientos por un periodo no superior a cinco años, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito o la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

La casuística parece nula. No hemos encontrado ningún pronunciamiento en el que se condene a una persona jurídica por un delito de tráfico de personas. Entendemos que la mayoría de supuestos que superan la coautoría e implican cierta organización responden a una pretensión de clandestinidad, ya que el objeto del negocio es *per se* ilícito, por lo que no parece existir ningún estímulo a constituir oficialmente una persona jurídica.

4. Conclusiones

1. La comunidad internacional comenzó a tomar conciencia del tráfico de personas en la década de los años noventa del siglo pasado, como una de las actividades conectadas con la criminalidad organizada. La regulación de dicha figura delictiva en el ámbito de Naciones Unidas se formuló en un protocolo anejo al Convenio de Palermo, en el que se define el tráfico ilícito de migrantes (*Smuggling of Migrants*) como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. Además, en la medida en que se trata de un instrumento contra

la criminalidad organizada, es un elemento del tipo que dicho comportamiento se lleve a cabo desde el seno de una organización criminal en el sentido del art. 2 del Convenio.

Hemos destacado que en los trabajos preparatorios las delegaciones estatales dejaron constancia de que, al introducir como elementos del tipo el ánimo de lucro y la pertenencia a una organización criminal, se estaba queriendo dejar fuera del alcance del Derecho penal los comportamientos de ayuda a la inmigración irregular altruistas o humanitarios.

2. En la década de los años noventa del siglo pasado la Unión Europea también tomó conciencia de la importancia de la criminalidad organizada y del tráfico y la trata de personas como actividades con las que se estaban enriqueciendo. De este modo, se aprobó la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Esta actúa como un complemento al Protocolo adicional al Convenio de Palermo, que han suscrito todos los Estados miembros, y amplía el elenco de comportamientos delictivos. La Directiva tipifica en su art. 1.1 el delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular, castigando a «cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de este, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros». Asimismo, castiga la ayuda a la permanencia irregular si concurre ánimo de lucro. La Directiva configura, por tanto, un sistema de protección penal de las fronteras más amplio que el Convenio de Palermo y, únicamente, habilita a los Estados a introducir una excusa absolutoria de ayuda humanitaria en los supuestos de favorecimiento o ayuda desinteresada a la entrada o tránsito.

La Directiva fue complementada por la Decisión Marco 2002/956/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, la cual establece unos marcos para armonizar también las penas.

3. Una vez hemos abordado la normativa internacional y europea, nos ocupamos de la regulación del delito de tráfico de personas en el plano interno, el cual se contiene en el art. 318 bis 1 CP.

3.1. En primer lugar, hemos considerado oportuno diferenciar el tráfico de personas de dos figuras delictivas con las que comparte realidad criminológica, a saber, la trata de personas y el delito de favorecimiento o ayuda a la inmigración irregular.

El delito de trata de personas se regula desde el año 2010 en el art. 177 bis CP y se construye sobre tres pilares: (i) un determinado tipo de acción (captar, transportar, trasladar y acoger a personas); (ii) un medio comisivo, entre los que podemos destacar el uso de amenaza, fuerza, engaño, fraude o rapto; y (iii) la finalidad de explotación, la cual puede ser muy variada y dirigirse a la explotación sexual, pero también a la

laboral o a los trabajos forzados. A diferencia del tráfico de personas, la trata no establece como elemento del tipo el cruce irregular de fronteras (aunque sea habitual en la práctica). El consentimiento de la persona captada, transportada o acogida se presume que no es válido y la persona «tratada» es considerada víctima del «tratante», es decir, sujeto pasivo del delito. Además, mientras en el tráfico la relación entre extranjero y traficante concluye con el pago de la contraprestación por el traslado, en la trata siempre debe existir una finalidad de explotación.

En cuanto al delito de favorecimiento o ayuda a la inmigración irregular, se trata de un comportamiento regulado también en el art. 318 bis 1 CP. El elemento del tipo que lo diferencia del tráfico de personas es que no se exige la concurrencia de ánimo de lucro. Por esa razón, este delito se menciona como uno de los ejemplos de «criminalización de la solidaridad» y su legitimidad se pone en duda habitualmente.

3.2. En segundo lugar, reflexionamos sobre el bien jurídico protegido por el delito de tráfico de personas. Pese a la existencia de un amplio y duradero debate doctrinal, en el que se ha defendido la identificación del bien jurídico «derechos de los ciudadanos extranjeros» en el sentido de la rúbrica del Título XV bis (ya sea de naturaleza individual o colectiva), somos de la opinión que el tráfico de personas protege el bien jurídico colectivo «política migratoria». Las otras opiniones, bienintencionadas, exceden el sentido de la descripción típica y no encuentran sustento en la ubicación sistemática del precepto.

3.3. En tercer lugar, nos hemos ocupado de analizar los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito de tráfico de personas. La LO 1/2015 reformó el tenor literal del precepto, que ahora se asemeja al de la Directiva 2002/90/CE.

3.4. En cuarto lugar, hemos desarrollado los subtipos agravados del tráfico de personas por el orden en el que aparecen regulados.

Sobre la modalidad en la que los hechos son cometidos en el seno de una organización, hemos destacado que la redacción vigente restringe el alcance del mismo, ya que suprime el término «transitorio» y ya no parece razonable entender que abarca al mero grupo criminal del art. 570 ter CP, sino solo a la organización criminal del art. 570 bis CP.

En cuanto a la modalidad de puesta en peligro de la vida o de creación de un peligro de causación de lesiones graves, hemos planteado que el principal interrogante al que nos enfrentamos es decidir si se trata de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto. Pese a que la jurisprudencia se muestra vacilante, defendemos que se debe interpretar como un delito de peligro concreto por razones político criminales, ya que cualquier ayuda a la inmigración irregular por vías alternativas a los puestos fronterizos va a implicar clandestinidad y cierta peligrosidad de la acción puesta en marcha. Si no queremos que la excepción se con-

vierta en regla general y que el tipo básico de tráfico se vea desplazado por este subtipo cualificado, lo razonable es entender que el tipo exige la creación de una situación de peligro concreto. No bastaría que la acción de ayuda sea estadísticamente peligrosa.

Asimismo, hemos aludido a los supuestos cualificados por el hecho de que el sujeto activo sea autoridad o funcionario público. Los pronunciamientos condenatorios no son muy abundantes y, entre los existentes, se revela el protagonismo de la ayuda prestada por agentes destinados en los puestos fronterizos o asimilados.

3.5. En quinto lugar, hemos abordado el subtipo atenuado. Defendemos que es compatible con el tráfico de personas en algunos supuestos. La jurisprudencia viene admitiendo su aplicación cuando se trata de la ayuda a una única persona (por la escasa gravedad del hecho) y cuando se ayuda a la entrada de un familiar o pariente o el lucro procurado es mínimo (finalidad perseguida).

3.6. En sexto lugar, presentamos la excusa absolutoria de ayuda humanitaria que se introdujo por LO 1/2015 en el art. 318 bis 1 CP. Del mismo modo que en nuestros países vecinos, su incorporación ha sido hasta el momento meramente formal y apenas está encontrando aplicación práctica.

3.7. En séptimo y último lugar, dejamos constancia que desde la reforma introducida por LO 5/2010 se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas en cuyo seno se cometa este delito. Sin embargo, no hemos encontrado ningún pronunciamiento condenatorio.

5. Bibliografía

- AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en Derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del Derecho penal internacional consistente», *Derecho y Persona*, núm. 68, 2013
- BARBERO GONZÁLEZ, I., «Lectura contemporánea del régimen de frontera en Europa: un coste inhumano», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 46, 2017
- BERASALUZE GERRIKAGOITIA, L., «Delimitación conceptual del bien jurídico en el delito de trata de seres humanos en el tipo básico recogido en el art. 177 bis CP contra mayores de edad: entre la dignidad, la integridad moral, la libertad o la pluriofensividad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022
- BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «Delincuencia organizada y “maremágnum normativo” tras la LO 5/2010, de 22 de Junio», *InDret*, núm. 2, 2023

- BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., *Los delitos de organización criminal y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Bosch, Barcelona, 2020
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, Granada, 2011
- «La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal», en Cancio Meliá, M., Pozuelo Pérez, L. (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad organizada*, Civitas, Navarra, 2008
- CABEZAS VICENTE, M., «El control penal de la inmigración irregular a través del delito de tráfico ilícito de inmigrantes», *Revista Sistema Crítico Penal*, núm. 2, 2021
- CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GÓMEZ, M., «El Derecho español ante la inmigración: un estudio político-criminal», en Zamora Jiménez, A. (Dir.), *Estudios Penales y Política Criminal*, Ángel Editor, México, 2006
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho Internacional y Transiciones a la Democracia y la Paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ediciones Parthenon, Sevilla, 2007
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los derechos de los extranjeros», en Martín Pallín, J.A. (Dir.), *Extranjeros y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, IV, Madrid, 2003
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A., «La inmigración ante la encrucijada: el tráfico ilegal de personas, la trata de seres humanos y la explotación sexual», en Zúñiga Rodríguez, L. (Dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- «Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas», *InDret*, núm. 1, 2010
- *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Nuevas fronteras del Derecho penal*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018
- DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «Una píldora sobre los delitos de acumulación», en Valverde Cano, A.B., Basso, G.J. (Dirs.), *Derecho penal en tres minutos*, Eolas, Madrid, 2023
- «El tratamiento jurisprudencial del delito de tráfico ilegal de personas cuando se pone en peligro la vida o la salud», en Fernández Cabrera, M., Fernández Díaz, C.R. (Dirs.), *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*, Iustel, Sevilla, 2022

- DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? Aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular», *Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., «Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23, 2021
- DONINI, M., «El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración», *Revista Penal*, núm. 4, 2013
- ESCOBAR VEAS, J., «El ánimo de lucro en el delito de tráfico de migrantes: análisis crítico de la legislación europea», *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 46, 2019
- FARALDO CABANA, P., «Cuestiones concursales en los delitos de organización o grupo criminal», en Zúñiga Rodríguez, L. (Dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El tenor literal del artículo 318 bis CP y su contribución a una mayor vulnerabilización de los extranjeros. Propuesta reinterpretativa», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25, 2023
- «El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., «La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVIII, 2005
- GIMA LIZANDRA, V., «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Boix Reig, J. (Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen III*, Iustel, Madrid, 2012
- GOIG MARTÍNEZ, J.M., «La política común de inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los Tratados de Roma (o la historia de un fracaso)», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 32, 2017
- GONZÁLEZ AGUADELO, G., «El principio de reserva de ley y las leyes penales en blanco. Una reflexión sobre el derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017
- GONZÁLEZ VEGA, J. A., «El control de la inmigración irregular en España: compromisos y desarrollos», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 111, 2015

- GONZÁLEZ VEGA, J. A., «¿Pero realmente existe una política europea de inmigración?», *Eikasía. Revista de Filosofía*, año II, núm. 10, 2007
- HORTAL IBARRA, J.C., «¿Por qué los llaman *delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros* cuando —siempre— quisieron reforzar el control estatal sobre los flujos migratorios irregulares (art. 318 bis CP)?», en Gómez Martín, V., *et al.* (Dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022
- JANER TORRENS, J.D., «La cláusula de exención humanitaria y la criminalización de las organizaciones de rescate en el mar», en Lirola Delgado, I., García Pérez, R. (Coords.), *Seguridad y fronteras en el mar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- KISS, A., «Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”?», *InDret*, núm. 1, 2015
- LAFONT NICUESA, L., «La protección jurídica penal de los inmigrantes y trabajadores extranjeros», Ponencias de Formación Continuada, Centro de Estudios Jurídicos, Fiscalía General del Estado, Coruña, 2017
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en Pérez Manzano, M., Lascuraín Sánchez, J.A. (Dir.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016
- LAURENZO COPELLO, P., «El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos», en Cancio Meliá, M., Pozuelo Pérez, L. (Coord.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Civitas, Madrid, 2008
- «La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 12, 2003
- LLOBET ANGLÍ, M., «Delitos contra el orden público», en Silva Sánchez, J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2023
- LLORIA GARCÍA, P., «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019
- LÓPEZ PEREGRÍN, C., «La protección de la dignidad humana a través del delito de trata de seres humanos», en del Carpio Delgado, J., García Álvarez, P. (Coords.), *Derecho Penal: la espada y el escudo de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018
- MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2012
- MAPELLI CAFFARENA, B., «Tráfico ilegal e inmigración clandestina con fines de explotación sexual», *La Ley Penal*, núm. 59, 2009

- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., «La responsabilidad criminal de los miembros de una organización o de un grupo criminal (arts. 570 bis y 570 ter CP): ¿Un problema de autoría y participación o de tipicidad?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022
- MARTÍN LORENZO, M., «Concepto penal de funcionario y externalización de funciones públicas», en Maqueda Abreu, M.L., Martín Lorenzo, M., Ventura Püschel, A. (Coords.), *Derecho Penal para un Estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UCM), Madrid, 2016
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en González Cussac, J.L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «La criminalización de la solidaridad», *Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019
- «Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿hasta dónde estamos dispuestos a llegar?», *InDret*, núm. 3, 2009
- «¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, 2008
- *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmática y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Atelier, Barcelona, 2007
- MARTOS NÚÑEZ, J.A., «La protección jurídicopenal de los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 11, 2009
- MAYORDOMO RODRIGO, V., «Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2015
- MIRÓ LLINARES, F., «Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10, 2008
- MONTIEL FERNÁNDEZ, J.P., «Estructuras analíticas del principio de legalidad», *InDret*, núm. 1, 2017
- MUÑOZ RUIZ, J., «La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18, 2016

- PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, 2008
- «Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas», en Zugaldía Espinar, J.M. (Dir.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007
- PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2004
- POMARES CINTAS, E., «La colaboración de terceros en la inmigración ilegal a partir de la reforma de 2015 (artículo 318 bis CP): ¿una cuestión penal?», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015
- «Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, año 19, núm. 29, 2015
- PORTILLA CONTRERAS, G., «La inmigración bajo sospecha en el Derecho penal europeo», en Gómez Martín, V., et al. (Dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022
- RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Morillas Cuevas, L. (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Lorenzo Copello, P. (Coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Manuales de Formación Continuada*, núm. 5, CGPJ, 1999
- SORIANO GATICA, J.P., «Gobernanza global contra la delincuencia transnacional: la UE y la Convención de Palermo», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 108, 2014
- TENNANT, I., «Fulfilling the Promise of Palermo? A Political History of the UN Convention Against Transnational Organized Crime», *Journal of Illicit Economies and Development*, núm. 2 (1), 2021
- TORÍO LÓPEZ, A., «Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 34, 1981
- VALLE MARISCAL DE GANTE, M., «Tráfico ilícito de migrantes y trata de seres humanos: ¿realidades divergentes o convergentes?», en Fernán-

- dez Cabrera, M., Fernández Díaz, C.R. (Dirs.), *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*, Iustel, Sevilla, 2022
- VALVERDE CANO, A.B., *Más allá de la trata: el derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal», *InDret*, núm. 1, 2012
- *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011
- «La nueva directiva europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-14, 2011
- «El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010
- «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», *Revista Penal*, núm. 14, 2004
- WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional* [traducción a cargo de Gutiérrez Rodríguez, M.], 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Trata de seres humanos y criminalidad organizada: problemas de política criminal desde los derechos humanos», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVIII, 2018