

CIENCIA POLICIAL

Estudios

- TRÁFICO Y EXPLOTACIÓN SEXUAL Y LABORAL DE PERSONAS:
LA GRAN VERGÜENZA DEL SIGLO XXI

- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA COMISARÍA GENERAL
DE INFORMACIÓN DEL CUERPO NACIONAL DE POLICÍA

- EL NUEVO MARCO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES
TRAS LA LEY 8/2006 DE 4 DE DICIEMBRE



CUERPO NACIONAL DE POLICÍA



CINCIAS POLICIALES

Dirección
Subdirector
Traducción
Documentación
Archivo y Administración
Fotocomposición y maquetación
Consejo Asesor

José Cabanillas Sánchez
Francisco J. Meco
Subdirección General de Gabinete
Elena Valiente
Juan Moreno
Javier Benito
Antonio García Pablos de Molina
Catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto de Criminología, José María Ruiz de la Cuesta, Profesor de Medicina Legal y Jefe del Laboratorio de Biología Forense, José Delfín Villalaín Blanco, Catedrático de Medicina Legal, Eugenio Garrido Martín, Catedrático de Psicología Social, Ramón Ardanuy Albajar, Jefe del Departamento de Estadística e Investigación Operativa, Director Adjunto Operativo de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil (CNP), Subdirector General del Gabinete, Subdirector General de Gestión y Recursos Humanos, Jefe de la División de Coordinación Técnica y Económica, Jefe de la División de Formación y Perfeccionamiento, Jefe de la División de Personal, Comisario General de Policía Judicial, Comisario General de Extranjería y Documentación, Comisario General de Información, Comisario General de Policía Científica, Jefe del Servicio del Instituto de Estudios de Policía, Jefe de la Sección de Documentación y Publicaciones, Jefe de la Sección de Imprenta.

Edita: Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil (Cuerpo Nacional de Policía). Subdirección General del Gabinete (Instituto de Estudios de Policía)
C/ Rafael Calvo, 33, 3ª Dirección, Redacción y

Administración:
Teléfono: 91 590 04 78
91 590 04 80
28071 MADRID

Depósito Legal: M-39 360-1987
I:S:B:N:: 84-86380-30-8
NIPO: 126-06-077-X
Imprime y distribuye: Monterreina, S.A.

Sumario

	Página
- EL NUEVO MARCO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES TRAS LA LEY 8/2006, DE 4 DE DICIEMBRE	07
- TRÁFICO Y EXPLOTACIÓN SEXUAL Y LABORAL DE PERSONAS: LA GRAN VERGÜENZA DEL SIGLO XXI	39
- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA COMISARÍA GENERAL DE INFORMACIÓN DEL CUERPO NACIONAL DE POLICÍA	83
- REFERENCIAS	114

Nieves Sanz Mulas

**TRÁFICO Y EXPLOTACIÓN
SEXUAL Y LABORAL
DE PERSONAS:
LA GRAN VERGÜENZA DEL
SIGLO XXI**

*"La prueba que enfrentamos en nuestro progreso
no es si somos capaces de aumentar el patrimonio de los que tienen mucho,
sino si podemos entregar lo suficiente a los que tienen demasiado poco".*

Presidente Franklin D. Roosevelt, 1937

*"The test of our progress is not whether we add more to the abundance of those
who have much; it is whether we provide enough for those who have too little".*

President Franklin D. Roosevelt, 1937

I. DELINEAMIENTOS GENERALES DEL FENÓMENO MIGRATORIO

Si hay un fenómeno caracterizador de comienzos del presente siglo, este es sin duda el incremento sin precedentes de la migración. El incesable movimiento de personas desde las zonas más pobres del planeta hacia las más ricas; de la tradicional pobreza del Sur a la riqueza del Norte. Un fenómeno hijo del proceso de reestructuración social y económica que trajo consigo la globalización, con la consiguiente exclusión social de pueblos y territorios enteros, y la concentración del poder y los beneficios en torno al triángulo conformado por la Unión Europea, Estados Unidos y Japón⁽¹⁾. Condiciones éstas que explican, y justifican, unos flujos migratorios, que de no producirse —estamos de acuerdo con Zúñiga— significaría la condena a muerte de millones de personas⁽²⁾.

En cualquier caso, los datos son, ciertamente, significativos: en 2005 había 191 millones de migrantes, de los que más de 175 millones se desplazaron por motivos económicos. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) calcula que 86 millones de los 175 millones de migrantes internacionales en el año 2000 eran trabajadores económicamente activos y estaban distribuidos del siguiente modo: África (7,1 millones), Asia y Medio Oriente (25 millones), Europa incluida Rusia (28,5 millones), América Latina y el Caribe (2,5 millones), Norteamérica (20,5 millones) y Oceanía (2,9 millones)⁽³⁾. Y la tendencia continúa, y a un ritmo trepidante, pues sólo en nuestro país —según datos aportados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales— a 30 de junio de 2006 eran 2.804.303 los extranjeros con tarjeta o autorización en vigor⁽⁴⁾, y ello sin contar con los "*sin papeles*", que puede superar la cifra de 1.600.000 personas .

Si bien se presupone que son actuaciones consentidas, luego que no interesan al Derecho penal sino al Derecho administrativo —en particular a las leyes de extranjería—, la realidad, sin embargo, nos demuestra que suelen ir acompañadas del empleo de engaño, violencia, intimidación, e incluso de atentados a la vida, la integridad física (tráfico de órganos o violencia ejercida para controlar a la víctima), o la libertad sexual. Irrumpe, por tanto, en tipos delictivos clásicos como las amenazas, coacciones, detención ilegal, lesiones, prostitución forzada y agresión y abuso sexual⁽⁶⁾, y en otros de triste actualidad como la inmigración clandestina de personas para su

explotación laboral y sexual. De ahí, y lógicamente, que se haya convertido en un fenómeno con un interés político-criminal de primer orden. Pero, ¿cuáles son los factores que contribuyen a las enormes dimensiones que esta problemática está adquiriendo al día de hoy y con contornos claramente mundiales? Conocer los motivos es el ineludible primer paso, porque concordamos con Terradillos en que *"una política social que desconozca las causas exógenas no podrá ser considerada democrática, y una política criminal que pretenda cotas aceptables de eficacia deberá centrarse en la neutralización de las endógenas"* (7).

1. Factores en los países emisores

El primer motivo, que duda cabe, radica en el diferente nivel de vida habido entre unas y otras realidades. La existencia de situaciones de pobreza, de falta de satisfacción de las necesidades básicas, originadas por las guerras, dictaduras opresoras, desastres medioambientales producto de la industrialización depredadora, catástrofes naturales o epidemias, convier-

¹ TERRADILLOS BASOCO, J. M., "Tráfico ilegal de emigrantes", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ –MENDEZ RODRÍGUEZ-DIEGO DÍAZ SANTOS, (coord...), Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías, Madrid, Colex, 2001, p. 14

² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "El inmigrante como víctima: contradicciones del tratamiento penal del fenómeno de la inmigración", en DIEGO DÍAZ-SANTOS – FABIÁN CAPARRÓS – RODRÍGUEZ GÓMEZ (coord.), La reforma penal a debate, XVI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 109.

³ <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/download/ecosoc/migration.pdf>

⁴ <http://extranjeros.mtas.es>

⁵ Paradójicamente, la comunidad marroquí, la más cuantiosa en número de tarjetas de residencia y empadronamientos, queda relegada a un segundo plano a la hora de hablar de extranjeros ilegales en territorio español. Ecuatorianos, rumanos, colombianos y argentinos, en este orden, son las principales nacionalidades que engrosan las bolsas de la inmigración ilegal en nuestro país. Vid., en <http://www.el-mundo.es/especiales/2005/02/sociedad/inmigración/cifras/>

⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual", en DIEGO DÍAZ-SANTOS – FABIÁN CAPARRÓS (coord.), El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad, Colex, Madrid, 2003, pp. 113 y ss.

⁷ TERRADILLOS BASOCO, J. M., "Tráfico ilegal de emigrantes", op. cit., p. 16.

ten a los países del primer mundo en el foco de atracción de los países subdesarrollados, y los medios de comunicación se convierten en el escaparate ideal para ello⁽⁸⁾. Son, por tanto, causas de atracción, entre otras: la prosperidad económica, la sanidad, la estabilidad política, y las enormes diferencias en los niveles de desarrollo humano y social de las diferentes regiones.

Según el Informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo de 2005, hoy en día es prácticamente posible prevenir todas las muertes en la infancia y, sin embargo, cada 2 minutos mueren 4 personas de paludismo (de las que 3 son niños). El 98% de estos niños son de países pobres al igual que las 500.000 mujeres que mueren cada año por causas relacionadas con el embarazo. Todavía 1 de cada 5 habitantes del mundo, esto es, más de mil millones de personas, sobrevive con menos de 1 dólar al día. Otros 1.500 millones lo hacen con 1 o 2 dólares. En un mundo de abundancia millones de personas sufren hambre todos los días. Más de mil millones de personas carecen de acceso al agua limpia no contaminada 2.600 millones no disponen de saneamiento. Todavía se niega la educación básica primaria a unos 115 millones de niños, la mayoría de ellos viven en África Subsahariana y Asia Meridional. Y es que las diferencias entre el primer y el tercer mundo son enormes: alguien que haya nacido en Burkina Faso puede esperar vivir 35 años menos que si hubiese nacido en Japón, y alguien nacido en la India vivirá 14 años menos que si naciera en Estados Unidos; el gasto per cápita en salud va desde los 3.000 dólares en los países ricos, y que tienen los riesgos de salud más bajos, y los 78 dólares en los países de ingresos bajos, pero con riesgos más elevados. Y es que los indicadores actuales nos señalan que un niño nacido ahora en Zambia tiene menos probabilidades de sobrevivir más allá de los 30 años que un niño que nació en Inglaterra en 1840⁽⁹⁾.

En Europa, concretamente, el triste peregrinaje que siempre supone la emigración tiene su origen en la desintegración de Estados multiculturales, como la antigua Unión Soviética o Yugoslavia, acompañada de conflictos étnicos y religiosos —muchas veces expresados en guerras civiles y limpiezas étnicas—, o como poco en regímenes inestables políticamente y altamente corruptos, además de económicamente empobrecidos.

2. Factores en los países receptores

En los países "de destino", de su parte, ha crecido la oferta de trabajo, debido al progresivo envejecimiento de la población autóctona y el descenso de las tasas de natalidad, situaciones que han reducido drásticamente las cifras de población activa.

Según datos de Eurostat, en 2005 la población en la Unión Europea alcanzaba los 463 millones de habitantes, y ello gracias sobre todo a la emigración⁽¹⁰⁾, pues sino fuera por ella, con la tasa de natalidad existente (1,5 hijos por mujer), podría caer en un 20% en los próximos 50 años. Esto es, se estima que la Unión Europea necesita aproximadamente 40 millones de extranjeros para mantener el actual nivel económico y hacer frente a las pensiones de una población cada vez más envejecida. En España los inmigrantes están sacando a la Seguridad Social de la bancarrota. Nuestro país necesita admitir 240.000 extranjeros anuales hasta 2050 para mantener su fuerza de trabajo por ser uno de los países más envejecidos del mundo con una natalidad del 1,2%. Sin los inmigrantes, Alemania, Italia y Grecia hubieran ya perdido habitantes⁽¹¹⁾.

Una demanda de mano de obra que, sobre todo, se centra en los sectores laborales más penosos, o incluso peligrosos, que no requieren cualificación alguna. Todo ello debido al aumento del nivel educativo y de capacitación profesional en los países desarrollados, lo que determina que la fuerza de trabajo nacional aspire a puestos superiores, con lo que quedan sin cubrir los no cualificados.

En el 2006, por sector de actividad, los extranjeros (incluyéndose los de doble nacionalidad) aportaron el 13% de la fuerza total de trabajo ocupán-

⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual", op. cit., p. 116.

⁹ http://hdr.undp.org/reports/global/2005/espanol/pdf/HDR05_sp_chapter_1.pdf

¹⁰ <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>

¹¹ www.antorcha.org/hemer/inmigra.htm

dose, sobre todo, de: servicios de restauración, servicio doméstico⁽¹²⁾, protección y vendedor de comercio (17,4%), agricultura y pesca (6,8%), artesanos, industrias manufactureras, construcción y minería (15,5%), operadores de instalaciones, maquinarias y montadores (8,6%), trabajos no cualificados (30,7%) y fuerzas armadas (3,9%)⁽¹³⁾.

II. LA INMIGRACIÓN CLANDESTINA COMO NEGOCIO DE LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES

Como veíamos, la globalización de la economía ha incrementado, todavía más, las distancias entre el Norte y el Sur, provocando una marginalización y empobrecimiento progresivo de sectores cada vez más amplios de la población mundial. En consecuencia, de los países pobres del Tercer Mundo es desde donde parten los movimientos migratorios de personas hacia los países ricos e industrializados, entre los que parece ser al día de hoy también se encuentra el nuestro. Unos países que, sin embargo, y de forma paralela, desarrollan unas líneas estratégicas de restricción, de endurecimiento de sus respectivas políticas migratorias —mediante el establecimiento de requisitos y controles más fuertes en todas las entradas a sus territorios—, con lo que crecen enormemente las dificultades de obtener un permiso de trabajo y residencia. Y de esta contradicción, precisamente, es de la que se alimenta el crimen organizado.

Esto es, las redes organizadas encuentran en esta "*desgracia internacional*" un filón de beneficios, al proveer, o mejor dicho "*vender*" (a precios,

¹² Si bien este tipo de actividades (labores de limpieza, cuidado de niños y ancianos, etc.) se desarrollan generalmente en el ámbito de la economía sumergida, sin contrato ni alta en la Seguridad Social.

¹³ <http://wonkapiestas.blogspot.com/2006>.

¹⁴ MAQUEDA ABREU, M. L., El tráfico sexual de personas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 24.

¹⁵ DE LEÓN VILLALBA, F. J., Tráfico de personas e inmigración ilegal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 24.

¹⁶ MAQUEDA ABREU, M. L., El tráfico sexual de personas, op.cit., p. 16.

¹⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "El inmigrante como víctima: contradicciones del tratamiento penal del fenómeno de la inmigración", op. cit., p. 121.

por supuesto, desorbitados), a todas esas personas ansiosas de una vida mejor, todos los trámites necesarios —entrada clandestina en el país, documentación falsa, trabajo ficticio, alojamiento, etc.— para huir de la pobreza, la guerra y la penuria de sus países de origen⁽¹⁴⁾. Porque pese a todas las trabas — y como con razón asevera DE LEÓN— *"los flujos de migración son incontrolables y las personas siguen pensando en el desplazamiento como la única salida a unas vidas y unos mundos de gran desigualdad y desequilibrio"*⁽¹⁵⁾. Y esto tiene como efecto el que se acreciente la migración clandestina e ilegal, que convierte, sobre todo a las mujeres, en presa fácil de los sistemas de explotación laboral y sexual⁽¹⁶⁾.

En definitiva, y haciendo nuestras nuevamente las palabras de ZÚÑIGA, *"el traficante de personas existe cuando colocamos a un grupo de personas al margen de la legalidad, lo cosificamos, al desconocerle cualquier derecho, porque se encuentra en una situación de indefensión, de vulnerabilidad tal que no tiene capacidad de denunciar, ni de defenderse frente a los abusos que pueden ser objeto"*⁽¹⁷⁾.

III. FENOMENOLOGÍA DEL TRÁFICO DE PERSONAS

1. Delineamientos a nivel mundial

Para comenzar, es necesario ofrecer algunos datos estadísticos en aras a conocer las verdaderas dimensiones del problema. De acuerdo con informes del Gobierno norteamericano se calcula que cada año son víctimas del tráfico de personas entre 700.000 y 2.000.000 de mujeres y niños⁽¹⁸⁾. Ya en el año 2000 informes de Europol estimaban que el número de inmigrantes ilegales residentes en la Unión Europea oscilaba entre 4 y 6 millones de personas⁽¹⁹⁾, y si a esto le unimos el hecho de que cada año más de un millón de *"sin papeles"* prueba suerte en la fortaleza europea⁽²⁰⁾, las cifras sin duda se disparan... Lo que sí podemos aseverar es que, a nivel internacional, los flujos migratorios se desenvuelven del modo siguiente:

a) Países de destino

Como polos de atracción encontramos fundamentalmente a Canadá, Estados Unidos, Europa Occidental (principalmente Suiza —donde entre un 15% y un 25% de la población es inmigrante— el Reino Unido, Alemania,

Austria, Italia, España, Holanda, Bélgica, Francia, Suecia y Grecia), Australia, países del Oriente próximo —como Arabia Saudí— (en algunos el 50% de la población es inmigrante) y Japón.

b) Países de procedencia

De los inmigrantes que entran en Europa algunos son africanos (sobre todo Marruecos y Nigeria, también Angola, Guinea, Malawi, Sierra Leona, Somalia, Senegal, Ghana, Congo, Sudán, Etiopía, Argelia, etc.), algunos de Asia (Afganistán, China, India, Pakistán, Irán, Irak, Turquía, Sri Lanka, y China principalmente) y de Europa Central, Este y Sudeste (República Checa, Rumania, Bulgaria, países de la antigua Yugoslavia, Ucrania y Albania).

c) Rutas de tránsito

Las principales rutas utilizadas por las redes que dirigen la inmigración ilegal son las siguientes⁽²¹⁾:

1. Dentro de Europa, la ruta de los Balcanes para los procedentes de los países del este de Europa hacia Europa occidental, y la ruta mediterránea de albaneses a Italia.

2. De Asia a Europa encontramos dos rutas. Por un lado, la ruta de los Balcanes, por la que transitan kurdos, iraníes e iraquíes a través de Turquía y Grecia. Por otro, la ruta de los Bálticos, utilizada por los procedentes de Asia, que pasan a través de Rusia, los Estados Bálticos, los Estados nórdicos hasta llegar al occidente europeo. También, en particular, Polonia es utilizada por bielorrusos y asiáticos, y Hungría por los procedentes tanto del este de Europa como de Asia. También se detecta el tránsito de chinos a través de Rusia.

¹⁸ Informes reseñados en el Boletín Trimestral "Trafficking inmigrants", de la Organización Internacional de Migraciones, "Existen formas de detener el tráfico mundial de migrantes", nº 21, 2000, pp. 5 y ss. Y "Nuevas cifras de la OIM sobre la escala mundial del tráfico de personas", nº 23, 2001, p. 1.

¹⁹ Vid., en "Report on the Organised Crime Situation in Council of Europe Member States. 1999", PC-S-CO (2000) 17, section 2.9, p. 56 y section 2.10, p. 58.

²⁰ <http://www.univision.com>

²¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual", op. cit., pp. 121 y 122.

3. De África a Europa se utiliza la llamada ruta mediterránea, desde el norte de África —sahariana y subsahariana— hacia España, Italia y Grecia.

4. De África a Asia se observa el tráfico de mujeres de África central y occidental (Malí, Etiopía, Benin, etc.) a países de oriente próximo y el golfo, generalmente para el trabajo doméstico.

5. Dentro de África, aun siendo éste un continente fundamentalmente emisor, la existencia de diferentes grados de pobreza muestra que incluso países como Nigeria —también Costa de Marfil y Burkina Faso—, fuente de emigrantes hacia Europa, reciben personas de países africanos más pobres como Malí y Benin. Generalmente se trata de niños explotados como trabajadores en plantaciones, como sirvientes domésticos o en la industria del sexo.

6. Dentro de Asia encontramos varias rutas tradicionales: el tránsito de mujeres destinadas a la prostitución procedentes del sudoeste asiático (Tailandia, Indonesia, Filipinas) hacia Japón; también desde Nepal y Bangladesh a la India y Pakistán; de mujeres y niños desde Vietnam y Camboya a China, Tailandia y Singapur. Por otra parte, es tradicional el tráfico de trabajadores de Asia meridional —en muchos casos mujeres destinadas al trabajo doméstico en condiciones de servidumbre; también de niños para que actúen como "jockeys" de camellos— a países de Oriente próximo y del Golfo pérsico (Emiratos Árabes Unidos, Kuwait, Arabia Saudí, Líbano, etc.); así como a Australia.

7. De América del Sur a Europa el tránsito utiliza vía aérea, en gran medida a través de España.

8. Dentro de América el tránsito se produce de América del Sur y Central a Estados Unidos y Canadá, generalmente por vía terrestre a través de México y su destino es la explotación laboral y sexual.

La famosa ruta México-Estados Unidos es en la actualidad más noticia que nunca, pues el gobierno americano está construyendo un muro fronterizo de 595 kms + 804 kms de barreras para el paso de automóviles, en

aras a evitar la entrada de ilegales desde México, lo que le convertiría en el más largo del mundo (la frontera que construye Israel para separarse de los territorios ocupados será de 700 kms). El Senado aprobó el proyecto el 17 de mayo de 2006 y supondrá un coste aproximado de unos 6.000 millones de dólares.

2.Las cifras españolas

Es obvio que España, en pocos años, ha pasado de ser un país de emigración⁽²²⁾ a ser un país de inmigración. Los factores que han contribuido a ello son, entre otros, su avance social y económico⁽²³⁾, su ubicación geográfica (conexión África-Europa), su pasado colonial y la similitud cultural o lingüística (sobre todo con respecto a Latinoamérica). Sea debido a una cosa u otra, lo que es indudable es que a día de hoy España es el primer receptor de inmigrantes de la Unión Europea (652.300 en 2005) seguido por Italia (338.100), según datos de la oficina europea de estadísticas (Eurostat) correspondientes al año 2005⁽²⁴⁾. Entre España, Italia, Reino Unido y Alemania sumaron el 76% de las migraciones en Europa.

Según el avance del padrón municipal publicado el 26 de julio de 2006 por el Instituto Nacional de Estadística, la población residente en España a 1 de enero de 2006 alcanzaba los 44,39 millones de habitantes, de los que 40,51 millones son de nacionalidad española y 3,88 millones son extranjeros (el 8,7% del total)⁽²⁵⁾.

Comparando las cifras del padrón a primeros de los años 2005 y 2005, la población de nuestro país creció en unas 420.000 personas durante 2005. La mayoría de las nuevas inscripciones corresponden a ciudadanos. El dato es espectacular: en 1996 el número de foráneos era de 542.314, por lo que en una década la cifra se ha multiplicado casi por siete. El porcentaje de población extranjera en España ya supera al de Francia (8 por ciento) y se sitúa muy cerca de Bélgica (8,7), Alemania (9) y Austria (9,2). De seguirse la misma tendencia que hasta ahora, cerca de un tercio de los residentes en España en 2015 será inmigrante. Esto supondría que superaría la cifra de los once millones de personas. De seguir igual el ritmo, la población extranjera podría ser el 27 % ⁽²⁶⁾.

Según la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (Ministerio de

Trabajo y Asuntos Sociales), la mayoría de los extranjeros residentes en España proceden de Latinoamérica (35,10%), seguidos por los africanos (23,68%, y representados mayoritariamente por los nacionales de países del Magreb), los nacionales de países pertenecientes a la Comunidad Europea (22,09%), europeos no comunitarios (12%) y asiáticos (6,53%). Por nacionalidades, los colectivos mayoritarios a finales de junio de 2006 eran el marroquí, seguido por el ecuatoriano, el colombiano, el rumano y el británico. Las personas de estas cinco nacionalidades representaban el 50,31% del total de extranjeros con residencia en vigor en España en dicha fecha⁽²⁷⁾. Ahora bien, y como no podía ser de otra manera, el gran problema, o agujero negro —como lo denomina ZÚÑIGA—⁽²⁸⁾, de la inmigración en España es la situación de los inmigrantes irregulares, ostentando el dudoso honor de ser uno de los países europeos con mayor número de inmigrantes irregulares; situación que va empeorando a medida que aumenta la rigidez de las normas de extranjería para regularizar a los inmigrantes.

En España se habla de 1.600.000 inmigrantes ilegales. Obviamente, el número exacto de sin papeles, precisamente por no tenerlos, es difícil, por no decir imposible, de calcular. El cálculo aproximado, pero nunca exacto, lo aporta la comparación entre la cifra de extranjeros empadronados (que a 1 de enero de 2006 ascendía a 3.884.000) y aquellos que tienen la tarje-

²² Hace 25 años aproximadamente 2 millones de españoles residían en el extranjero, principalmente en Latinoamérica. Vid., en EL PAÍS, 3 de diciembre de 2003.

²³ Mientras que en 1978 el PIB per cápita se situaba en un índice de 70 frente a la media de los países de la UE (100), en el 2002 se situaba en 84 y en el 2003 en 87, según datos del INE. En suma, los españoles disponemos de mayor riqueza y consumimos el 21% más de media que en 1978. Vid., en El País, 3 de diciembre de 2003.

²⁴ Eurostat advierte, no obstante, que las cifras podrían estar infladas en el caso de estos dos países debido a los procesos de regularización que podrían haber contabilizado a inmigrantes llegados en años anteriores. De cualquier forma, en el caso español, los datos de Eurostat corresponden a estimaciones realizadas sobre datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística (INE), correspondientes al año 2004. Vid., en EL PAÍS, 28 enero 2006.

²⁵ www.antorcha.org/hemer/inmigra.htm

²⁶ www.antorcha.org/hemer/inmigra.htm

²⁷ <http://extranjeros.mtas.es>.

²⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "El inmigrante como víctima: contradicciones del tratamiento penal del fenómeno de la inmigración", op. cit., p. 111.

ta o autorización de residencia (2.804.303, a 30 de junio de 2006). Si a esto le añadimos el hecho de que a lo largo del año habrán entrado unos 800.000 inmigrantes sin papeles y sólo unos 220.000 han sido dados de alta en la Seguridad Social, es lógico que en España se hable de más de un millón y medio de inmigrantes ilegales⁽³⁰⁾.

Una razón fundamental: la entrada clandestina de la que se aprovechan las redes criminales, y que presenta su cara más cruel en aquellos que llegan en "pateras" o pequeñas embarcaciones que cruzan el Estrecho de Gibraltar en condiciones penosas poniendo en peligro sus vidas, pues se trata de mafias criminales que sin escrúpulos a veces los dejan en otro lugar de destino o, incluso, los tiran al mar.

En Cádiz se informó que en los últimos 12 años, según las cifras más optimistas, superaban las 2000 las personas fallecidas en el estrecho. Especialmente preocupante es la situación de niños que cruzan en dichas condiciones el estrecho y de mujeres embarazadas que llegan en condiciones lamentables. En Andalucía se informó que el número de muertos había disminuido con la instalación del Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE), que intercepta cualquier objeto sospechoso hasta 15 kms desde la Costa. Este sistema, dado su coste y complejidad, se está instalando por fases, encontrándose desplegado en las provincias de Cádiz, Málaga, Granada, Isla de Fuerteventura, Almería y la ciudad de Ceuta, y se continuará su implantación en todo el sur de España, todas las Islas Canarias, la ciudad de Melilla, la Región de Murcia, la Comunidad Valenciana y el resto del Mediterráneo, con un coste aproximado de 232 millones de euros (de los que ya se han gastado 150 millones)⁽³¹⁾. El SIVE, en todo caso, no sólo realiza labores de vigilancia de costas, sino que también lleva a cabo labores de rescate de pateras salvando muchas vidas⁽³²⁾. Y lo cierto es que, durante los primeros ocho meses del 2005⁽³³⁾, y según datos del Ministerio del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el número de inmigrantes llegados en embarcaciones descendió un 37% respecto al mismo período del año anterior, con el consiguiente descenso de muertos (88 en el 2004 frente a 33 en el 2005) . Una cifra que, sin embargo, se disparó a lo largo del 2006, sobrepasando los 300 ahogados, sobre todo debido a la búsqueda de rutas alternativas de acceso a nuestras costas.

En cualquier caso, y pese a la multitud de caras amargas que este problema presenta, lo que aquí más nos preocupa es el tráfico ilegal de seres humanos en manos de los diversos grupos criminales. Un fenómeno que en nuestro país alcanza dimensiones preocupantes, pues sólo en los primeros 9 meses del 2006, y según datos de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil⁽³⁴⁾, fueron desarticuladas 340 redes criminales dedicadas al tráfico de personas. Una tendencia creciente e imparable que supone tan sólo es la punta del iceberg. Una pequeña muestra de un fenómeno cruel, con claros contornos internacionales, y muy difícil de controlar dados los ingentes beneficios que reporta.

3. Un negocio muy lucrativo

Y es que son múltiples los aspectos que contribuyen a la asunción de estas conductas delictivas por el crimen organizado, y que Sánchez García enumera del siguiente modo⁽³⁵⁾:

²⁹ Requisito necesario para acceder a los puestos escolares y conseguir la tarjeta sanitaria, con el único requisito de dar la dirección de su domicilio habitual. Una cifra, en todo caso que no pasa de ser una simple estimación, por varios motivos: porque a día de hoy, tanto la cifra del censo como la de extranjeros residentes habrá aumentado; porque no todos los extranjeros sin papeles se empadronan en su lugar de residencia; porque algunos empadronados no están ya en nuestro país; y porque los datos del padrón deben interpretarse con ciertas reservas, pues errores administrativos permiten que un individuo esté empadronado en dos lugares al mismo tiempo, que medio centenar de personas aparezcan empadronadas en el mismo domicilio e incluso que extranjeros que ni siquiera están ni han estado en España figuren en el padrón de algún ayuntamiento de nuestro país. Vid., en <http://www.el-mundo.es/especiales/2005/02/sociedad/inmigración/cifras/>

³⁰ <http://madrepatria.blogspot.com>

³¹ www.uned.es/investigación/publicaciones

³² Vid., en ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., "El inmigrante como víctima: contradicciones del tratamiento penal del fenómeno de la inmigración", op. cit., p. 112.

³³ www.tt.mtas.es/periodico. Ahora bien, la disminución fue sobre todo de inmigrantes marroquíes, pues al existir acuerdo de devolución a Marruecos prefieren no arriesgarse y optan por entrar por otras costas, o incluso otros países, donde aún el sistema no está instalado. El número de inmigrantes subsaharianos, sin embargo, no ha descendido tanto, pues al no existir convenio de devolución, no se preocupan de ser interceptados en el mar, sino todo lo contrario, buscan y encuentran la salvación, en la mayoría de los casos, cuando son abordados por las embarcaciones de la Guardia civil o de Salvamento Marítimo. Vid., en www.uned.es/investigación/publicaciones

³⁴ www.noticias.info

³⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual", op. cit., pp. 119 y 120.

a) De una parte la complejidad del fenómeno migratorio obliga a que estas actividades sean asumidas por redes criminales integradas por personas que se "*reparten*" los papeles: unos se ocupan del reclutamiento en los países de origen, de la provisión de documentos falsos de entrada, de cartas falsificadas que prueben el contacto con personas del país de destino, etc.; otros intervienen como agentes de viaje o transportistas; y, finalmente, otros actúan ya en el país receptor, proporcionando nuevamente documentos falsos como permisos de residencia y trabajo o precontratos, o bien encargándose directamente de la explotación laboral o sexual del inmigrante.

b) Las enormes ganancias económicas de este tipo de "*negocios*" también es un factor importante, por no decir el primordial. Las ganancias son elevadas tanto en términos absolutos —dada la enorme demanda de personas que quieren emigrar— como relativos —si las comparamos con el coste que supone la prestación del servicio en sí, por ej., un asiento en una patera desvencijada cuesta entre 1.000 y 3.000 euros—. Además, en muchas ocasiones los ingresos para los traficantes no sólo provienen del precio pagado por el inmigrante, sino también de su posterior explotación laboral o sexual. Otras veces incluso la rentabilidad deriva de que son forzados a participar en actividades delictivas, como el transporte de droga o el hurto, o bien de la práctica de la mendicidad.

c) El bajo riesgo que deriva de la actividad criminal también anima a las organizaciones criminales. En estos delitos la "*cifra negra*" es muy elevada, pues raramente la víctima denuncia o está dispuesta a prestar el correspondiente testimonio, por miedo a que la expulsen del país si es ilegal, por no saber donde dirigirse o, simplemente, por no hablar el idioma.

d) También es atractivo el negocio de la inmigración ilegal por la posibilidad de completar estas actividades con otras propias de la economía legal, sobre todo relacionadas con el turismo, la hostelería y otras actividades relacionadas con el ocio. La industria del sexo cada vez tiene menos carácter clandestino y se asume como una parte de la industria del ocio, la diversión, el relax y el turismo. De este modo el tráfico de inmigrantes resulta doblemente atractivo como negocio porque, además de las ganancias que el traslado mismo aporta, proporciona al traficante de obra barata y dócil

para sus negocios legales, ya relacionados con el sexo o con otro tipo de actividades.

Ej. Redes de inmigración controladas por grupos criminales chinos que además emplean a sus víctimas en talleres de confección en parte legales y en parte clandestinos.

Un complejo círculo económico que se cierra con el hecho de que esas actividades son el vehículo ideal para el blanqueo de las enormes ganancias obtenidas.

e) También a favor de algunas organizaciones criminales juega la posibilidad de utilizar rutas ya establecidas para el transporte de otras mercancías ilegales como vehículos robados, drogas o armas. Ello permite aprovechar las infraestructuras humanas y materiales reduciendo así los costes.

f) Finalmente, como factor que anima al delito puede también señalarse el hecho de que en algunos países es escasa la punición de estas conductas delictivas, sobre todo si las comparamos con la de otros delitos característicos del crimen organizado como el tráfico de órganos o de armas. Quizás ello se deba a la idea de que estamos en alguna medida ante un delito sin víctima, en cuanto el inmigrante se sitúa voluntariamente en esa situación.

IV. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El tráfico ilegal de personas es, sin duda, un delito eminentemente intencional y, en consecuencia, que sólo puede combatirse eficazmente a través de un enfoque común de todos los países implicados (de origen, tránsito o destino de los inmigrantes). Es por todo ello que, en los últimos años, han proliferado los instrumentos internacionales en la materia, muchos de ellos conectados a los que combaten el crimen organizado⁽³⁶⁾.

Las Naciones Unidas fueron las primeras en ocuparse del tráfico de mujeres para su explotación sexual; inicialmente bajo el término de "*trata de blancas*", posteriormente se habla de trata de mujeres y niños para, final-

mente, denominarlo tráfico de personas o seres humanos en general. El más importante de los primeros instrumentos jurídicos fue el Convenio para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena de 21.3.1950 (adherido por España el 18.6.1962, BOE de 25.9.1962). En particular, respecto de la prostitución y otras formas de explotación sexual de niños, se adoptó también el Protocolo Facultativo, anexo a la Convención sobre Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, realizado en Nueva York el 25.2.2000 y ratificado por nuestro país mediante Instrumento de 5.12.2000 (BOE de 31.1.2002). Pero no ha sido sino hasta el año 2000 cuando, de modo novedoso e integral, las Naciones Unidas han culminado un tratamiento completo del tráfico de personas mediante los textos siguientes⁽³⁷⁾:

1. Los Protocolos de Naciones Unidas

La preocupación por combatir el lucrativo negocio criminal derivado del tráfico ilícito de seres humanos se materializa con la aprobación, junto al Convenio contra el Crimen Organizado de 2000, de dos protocolos adicionales que lo tratan específicamente:

- El Protocolo para la prevención, supresión y punición del tráfico de personas, especialmente mujeres y niños (A/RES/55/25, Anexo II).

Este Protocolo tiene como fin prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y niños, además de proteger y ayudar a las víctimas de estos delitos y promover la cooperación entre los Estados para estos fines (art. 2). Para ello se conmina a la penalización de la "*trata de personas*" (trafficking in persons, art. 5), un término amplio que comprende las conductas de captación, transporte, traslado o recepción de personas mediante la coacción o a la amenaza, el engaño o el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de

³⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual", op. cit., p. 122.

³⁷ Ibidem, p. 123 y ss. También véase DE LEÓN VILLALBA, F. J., Tráfico de personas e inmigración ilegal, op. cit., pp. 113 y ss; y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos", en Delitos contra la libertad sexual, Estudios de Derecho Judicial, nº 21, 2000.

pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona con fines de explotación (art. 3.a). Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Si estas conductas recaen sobre menores de 18 años, no es necesaria la presencia de tales medios para la concurrencia del delito (art. 3.c. y d).

- El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (A/RES/55/25, Anexo III).

Este Protocolo, a su vez, tiene por objeto prevenir y combatir el tráfico ilegal de inmigrantes, protegiendo a la vez sus derechos, así como promover la cooperación entre los Estados parte para este fin (art.2). Para ello se reclama de los Estados la penalización, entre otras conductas, del "tráfico ilícito de migrantes" (smuggling of migrants), definido 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. También se incluye la conducta de habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer ilegalmente en el Estado interesado recurriendo a la creación o facilitación de documentos falsos o a cualquier otro medio ilegal.

El carácter complementario que tienen ambos protocolos, respecto de la Convención contra el crimen organizado, muestra cómo las Naciones Unidas tienen presente la indiscutible relación entre tales fenómenos. Esto es, el ámbito de aplicación de estos Protocolos concierne a la hipótesis de que el delito es transnacional y entraña la participación de un grupo delictivo organizado. Tanto el Convenio como los protocolos han sido ratificados por España (1.3.2002).

2. La Decisión-Marco de la Unión Europea relativa a la lucha contra la trata de seres humanos de 2002.

Con esta Decisión Marco, adoptada por el Consejo de Europa el 19 de Julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI), la Unión Europea sigue los pasos del Protocolo de las Naciones Unidas sobre este delito. Es por ello que también se dirige a fijar

los elementos comunes en la definición de esta conducta delictiva por parte de los Estados miembros, estableciendo que estos deben castigar, como mínimo, las siguientes acciones relacionadas con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual: *"la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso de control sobre ella cuando se concurre a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, o se recurra al engaño o fraude, o haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga alternativa real o aceptable, excepto someterse al abuso, o se concedan, se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía"* (art. 1).

Se persigue también introducir sanciones lo suficientemente severas, para que este delito se pueda incluir en el ámbito de aplicación de otros dos instrumentos comunitarios:

- La Acción común 98/733/JAI de 1998 sobre tipificación penal de la participación en una organización delictiva.

- La Acción común 98/699/JAI de 1998 relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

Con el fin de tal inclusión, el art. 3 de esta Decisión-Marco establece una sanción mínima de pena privativa de libertad de 8 años para los casos en que concurren determinadas circunstancias de especial gravedad como: a) que se ponga en peligro la vida de la víctima de forma deliberada o por imprudencia grave, b) que se cometan contra una víctima especialmente vulnerable, c) que se cometan mediante violencia grave o causen a la víctima daños particularmente graves, y d) que se cometan en el marco de una organización delictiva como se define en la Acción común 98/733/JAI.

3. Las recomendaciones del Consejo de Europa

En el seno del Consejo de Europa también se han elaborado varias recomendaciones, entre las que cabe destacar:

- La Recomendación 1211 (1993) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo sobre migración clandestina.

- La Recomendación 1325 (1997), de 23 de abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la trata de mujeres y la prostitución forzada en sus Estados miembros.

- La Recomendación N.º R (2000) 11, de 19 de mayo, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre medidas contra el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual.

En ella se insta a la introducción de sanciones penales que guarden proporción con la gravedad de los delitos, así como a la creación de un órgano internacional que coordine la lucha contra el tráfico de personas y establezca un archivo europeo de personas desaparecidas. También se insiste en la adopción de medidas preventivas, de identificación del delito y de la asistencia a las víctimas.

- La Recomendación (2001) 16 del Comité de Ministros sobre la protección de niños contra la explotación sexual.

V. NORMATIVA ESPAÑOLA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

En el año 2000, ante el incremento considerable de la inmigración, sobre todo clandestina, en nuestro país, se promulgó una nueva Ley de Extranjería en la que se garantizaba un mayor número de derechos a los extranjeros al margen de su situación legal y facilitaba la integración de los que se encontrasen en situación legal⁽³⁸⁾. Se trataba de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en ella se les reconocía, entre otros: la posibilidad de ejercer los derechos de reunión, asociación y manifestación, con independencia de su situación legal (art. 7 y 8); el derecho a la educación a todos

los extranjeros menores de 18 años en idénticas condiciones que los nacionales (art. 9); derechos de carácter social, en igualdad de condiciones que los españoles, como ayudas en materia de vivienda, prestaciones y servicios de la seguridad social, etc. (art. 12 a 14); el derecho a la intimidad personal y familiar, estableciéndose el número de familiares que pueden reagruparse (art. 16); el derecho a la asistencia jurídica gratuita tanto a los residentes como a los que se hallen inscritos en el padrón municipal (art. 20), etc. Sin embargo, en ese mismo año 2000 se dio un brusco giro a la política de extranjería modificando, por LO 8/2000, 54 de los 63 artículos de la LO 4/2000, por lo que más que de una reforma podríamos hablar de una nueva Ley de Extranjería.

Dos lamentables sucesos, producidos en El Ejido (Almería) y Cataluña, desembocaron en el enfrentamiento y la tensión entre los colectivos de inmigrantes y ciudadanos autóctonos. En El Ejido el asesinato de tres españoles por dos inmigrantes marroquíes provocó durante varios días distintos episodios violentos protagonizados por ciudadanos españoles que convivían en dicha localidad. Los hechos se vieron repetidamente por televisión, provocando una enorme alarma social. Esto ocurrió días antes de las elecciones del 12 de marzo de 2000 y determinaron la victoria del Partido Popular con mayoría absoluta, y que, tal y como anunció en su campaña electoral, modificó profundamente la Ley de Extranjería.

Esta LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social hace una importante distinción en la atribución de derechos y obligaciones en función de la situación administrativa en que se encuentran los extranjeros en el país. De este modo, se excluye al colectivo de los extranjeros irregulares del disfrute total de los derechos de participación pública, reunión y manifestación, libertad de asociación, derecho a la educación, libertad de sindicación y huelga, derecho a la asistencia sanitaria y el derecho a

³⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "El inmigrante como víctima: contradicciones del tratamiento penal del fenómeno de la inmigración", op. cit., p. 116.

³⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., "Seguridad, Derechos humanos y Garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE-SANZ MULAS, (coord.), Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública, Comares, Granada, 2005, p. 231.

la asistencia gratuita, entre otros. Esto es, la LO 8/2000 crea un nuevo status de ciudadano, puesto que, limitando, e incluso eliminando, los derechos sociales y políticos de los extranjeros no residentes genera *"un nuevo grupo de desposeídos, de personas invisibles, transparentes para el ordenamiento jurídico"*⁽³⁹⁾. O lo que es lo mismo, se convierte, formal y legalmente, a los extranjeros irregulares en claros excluidos de la sociedad y frente a los que hay que luchar.

Con la llegada al gobierno del partido socialista, la política legislativa en materia de extranjería toma nuevos rumbos —con la importante política de regularización llevada a cabo por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social—, si bien aún es patente la situación de clandestinidad de muchos extranjeros, con los efectos criminógenos que tales condiciones de ilegalidad traen consigo.

Si bien la política de regularización que acabó el 7 de mayo de 2005 permitió regularizar a 500.000 inmigrantes, el nuevo padrón ha vuelto a poner sobre el tapete una realidad evidente: más de otros 500.000 se quedaron sin papeles, y uno de los motivos es porque los empresarios despedían abundantemente a quienes le pedían que les regularizasen para así evitar inspecciones de trabajo⁽⁴⁰⁾. La regularización de PSOE supuso, en consecuencia, un fracaso importante, en la medida en que las estimaciones oficiales calculaban que cerca de un millón estaban en condiciones de ser legalizados durante el periodo abierto en febrero de 2005. Pero tampoco es menos cierto que en sólo tres años, el número de trabajadores legalizados en España se ha duplicado, pasando de los 766.000 de 2002 a los 2.804.303 en 2006, lo que supone el 13% de la fuerza de trabajo total habida en nuestro país, según cifras aportadas por el Observatorio Permanente de la Inmigración (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales)⁽⁴¹⁾. De los 8.142.079 contratos de trabajo que se registraron en las Oficinas de Empleo en el primer semestre de 2005, un total de 1.219.673 (el 14,98%) se suscribieron con trabajadores extranjeros (33,09% mujeres y 66,91% hombres). Según el continente, el 39,04% de los contratos se suscribió con trabajadores iberoamericanos, el 29,03% con africanos, el 14,33% con europeos comunitarios, el 12,38% con europeos no comunitarios, el 4,93% con

asiáticos, el 0,16% con norteamericanos y el 0,14% con nacionales de países de oceanía. Según nacionalidad, se suscribieron 236.300 contratos con marroquíes y 186.198 con ecuatorianos (entre ambas nacionalidades el 34,70% del total). Esto es, uno de cada tres trabajadores que se incorpora a la explotación capitalista, es extranjero, y eso se nota en nuestra economía: 1 de cada tres viviendas es comprada por extranjeros. A lo largo del 2006 se les vendieron 400.000 coches en nuestro país y se han gastado más de 4.000 millones de euros en alimentación, por no hablar de los 5.000 millones de euros enviados en remesas a sus países de origen.

Nos referimos, como no, al imparable tráfico de personas por despiadadas organizaciones criminales, que *"para hacer negocios"* se aprovechan de la confluencia de dos factores conexos: por un lado, el deseo de miles de personas de llegar a nuestro país en busca de una mejor calidad de vida; y, por otro, la situación de clandestinidad en que deben hacerlo, motivo por el que, de un modo u otro, entran en contacto con tales formaciones criminales. Porque, que duda cabe en que los distintos tráfico de inmigrantes, con fines laborales, sexuales, de explotación en general de las personas, las prácticas de malos tratos o torturas por parte de funcionarios⁽⁴²⁾, las agresiones xenófobas de que son objeto, etc., tienen su origen en su situación de *"ilegales"*, *"indocumentados"*, *"sin papeles"*, etc.; terribles calificaciones producto de unas leyes de extranjería altamente restrictivas. *"Un mundo de agujero negro —escribe textualmente ZÚÑIGA— donde se mueven millones de euros, en el que la explotación de unos hombres contra otros es el sino de unos seres a los que su situación de irregularidad la sociedad les ha condenado a la mínima protección"*⁽⁴³⁾.

Actualmente hay más de 20 millones de trabajadores sin contrato en la Unión Europea. Esto es, hay una economía sumergida de entre el 7 y el 19%, sobre todo en sectores de agricultura, construcción, comercio, servicio doméstico y manufactura. Sectores donde se necesita mucha mano de obra barata, especialmente de inmigrantes sin permiso de trabajo. En tal sentido, Grecia, España, Portugal y Bélgica son los países de la Unión Europea con niveles más altos de economía sumergida, y hablar de economía sumergida equivale a hablar de inmigrantes sobreexplotados⁽⁴⁴⁾.

Una economía sumergida que va en aumento, pues tras el proceso de

regularización llevado a cabo por el gobierno en mayo de 2005, en España se percibe un fenómeno de inmersión o regreso a la economía sumergida sobre todo con las empleadas de hogar cuya filiación ha caído un 16,14% respecto al 31 de diciembre de 2005 (58.865), pues se dieron de baja una vez conseguida la regularización, lo que permite contratarlos irregularmente, ahorrándose tanto el empresario como el trabajador la Seguridad Social. Lo mismo está sucediendo en el sector agrario por cuenta ajena, cuya filiación ha caído un 4,7%⁽⁴⁵⁾. En todo caso, a los inmigrantes se les paga menos, trabajan en peores condiciones, reciben menos del salario mínimo y carecen de una vivienda digna. Acaparan las tareas más penosas, son las víctimas más frecuentes de los accidentes laborales⁽⁴⁶⁾ y están desposeídos de los más elementales derechos de asociación, sindicación, huelga y seguros sociales. Para imponerles terribles condiciones laborales y privarles de todos sus derechos, el primer paso es negarles hasta los permisos de residencia y de trabajo, lo que les obliga a trabajar clandestinamente. Los inmigrantes que llegan ahora prácticamente no tienen vías para poder obtener documentación, lo que ha producido un incremento de los sin papeles por las enormes dificultades para poder regularizar su situación. En la Unión Europea el número de inmigrantes con papeles se redujo en un 30 por ciento durante los años 90 del pasado siglo⁽⁴⁷⁾.

VI. EL TRAFICO DE PERSONAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. Delineamientos generales

Los tipos de referencia en nuestro CP para el castigo de este tipo de conductas se incorporaron en momentos distintos, por lo que no siempre enca-

⁴⁴ www.antorcha.org/hemer/inmigra.htm

⁴⁵ <http://extranjeros.mtas.es>

⁴⁶ En estos casos hay grandes dosis de impunidad pues los extranjeros irregulares maltratados no se atreven a denunciar a los agentes policiales por miedo a: no obtener los papeles de residencia, a ser expulsado, a que no le sea concedida cualquier petición como la reagrupación familiar. Por no hablar de aquellos casos en que tras los malos tratos son expulsados inmediatamente, no dando tiempo ni lugar a denunciarlos. Vid., en ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., "El inmigrante como víctima: contradicciones del tratamiento penal del fenómeno de la inmigración", op. cit., p. 127.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 119.

jan de modo armónico, produciéndose frecuentes superposiciones y problemas concursales. Además, es también característica común a todas estas figuras el que describan de forma muy amplia la conducta típica, sometiendo a la misma pena comportamientos de muy diferente gravedad, a veces incluso de simple preparación, complicidad o tentativa, infringiendo así el principio de proporcionalidad de la pena criminal.

La investigación y persecución de estos delitos, en todo caso, y como advertíamos, se ve dificultada por la resistencia de las víctimas a la denuncia y al testimonio ante el miedo a la expulsión al revelar su condición de inmigrante ilegal. Para evitarlo, el art. 59 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre), contiene una cláusula de exención de responsabilidad administrativa —lo que implica que no será expulsado— para el extranjero que haya cruzado la frontera española o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada o se encuentre irregularmente en España, *"por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores"* (art. 59.1).

El extranjero exento de responsabilidad administrativa podrá elegir entre que se le facilite el retorno a su país de procedencia o la estancia y residencia en España, así como permiso de trabajo y facilidades para su integración social⁽⁴⁸⁾.

2. Figuras delictivas

A) El tráfico ilegal de personas (art. 318 bis CP)

⁴⁸ En este sentido, RODRÍGUEZ CANDELA, critica el hecho de que no se incluya en este beneficio al que haya entrado por los pasos habilitados y haya declarado la entrada, pero cuya estancia ha devenido luego irregular. Vid., en RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., "Incentivos legales por la persecución de determinados delitos", en LAURENZO COPELLO, P. (coord.), *Inmigración y Derecho penal*, Valencia, 2002, p. 280.

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

2. *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 10 años de prisión.*

3. *Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.*

4. *En las mismas penas del apartado anterior, y además en la de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de Autoridad, agente de esta o funcionario público.*

5. *Se impondrán las penas superiores a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.*

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

En los supuestos previstos en este apartado la Autoridad Judicial podrá decretar, además, alguna o alguna de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

6. *Los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por este, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada".*

Este delito se introdujo por LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Disposición Final 2ª), que crea el Título XV bis relativo a los "Delitos con-

tra los derechos de los ciudadanos extranjeros". Y las razones de ello fueron básicamente tres: el aumento de la inmigración irregular por medio de organizaciones criminales; las lagunas de punibilidad que dejaban los arts. 312.2 y 313 CP, al establecer como finalidad del tráfico la intención de trabajar, algo difícil de probar; y mostrar ante la sociedad una mayor efectividad en la respuesta ante el fenómeno de la inmigración irregular que otorgara una sensación de tranquilidad al ciudadano, para lo cual se utilizó, una vez más, el Derecho penal de forma simbólica y política⁽⁴⁹⁾. El mencionado art. 318 bis, fue posteriormente modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Las razones aducidas para justificar esta reforma, que afecta a diversos aspectos relacionados con la inmigración, se centran en la necesidad de dar respuesta penal a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos.

Ciertamente, el título en sí parece querer indicarnos que se busca proteger de forma genérica los derechos y libertades de los extranjeros; sin embargo, hay más que dudas razonables para pensar que esta loable declaración de intenciones no se corresponde con las pretensiones reales del legislador⁽⁵⁰⁾, pues ciertamente lo que parece es que el legislador ha instrumentalizado, una vez más, los derechos de los extranjeros para proteger los intereses del Estado. Y al respecto son ciertamente elocuentes las palabras de Álvarez que transcribimos literalmente: *"El bien jurídico protegido pese a lo hermoso del enunciado del título no puede hallarse en la protección de los derechos de los extranjeros; la regulación concreta del precepto único contenido en el nuevo Título, apunta a que se busca primordialmente la ordenación y regulación de los flujos migratorios por los cauces y conforme a los criterios legales. Sólo indirectamente se protegen los derechos de los extranjeros. Los intereses y los derechos de los extranjeros no se utilizan más que como un señuelo para tranquilizar la propia conciencia del Legislador y suministrar una dosis de buena conciencia a la ciudadanía (transmitir la sensación de que algo se hace)"*⁽⁵¹⁾.

Nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, donde la conducta típica del delito es excesivamente amplia, pues no discrimina en modo alguno la diferente gravedad que puede presentar las diversas formas de con-

tribución al tráfico de personas (autoría frente a cooperación, tentativa frente a consumación, etc.). Esto es, se castigan todos los actos de fomento o de colaboración con el tráfico ilícito de personas que tenga un punto de conexión geográfica con España, no limitándose al castigo del tráfico o la inmigración en sí, sino cualquier conducta que coadyuve a estas actividades o constituya preparación de las mismas. Es por ello de desear una interpretación restrictiva del tipo⁽⁵²⁾, o mejor aún sería deseable la punición exclusiva del tráfico de personas realizado con ánimo de lucro, pues es del todo excesivo castigar como delito contribuciones altruistas o por razones humanitarias al tráfico, comprensibles ante las situaciones de absoluta necesidad que a menudo empujan al emigrante⁽⁵³⁾.

Es realmente en el numeral 3º donde se reflejan los derechos de los ciudadanos extranjeros a los que hace referencia el Título XV bis, y donde se recogen los bienes jurídicos de naturaleza penal. Estos bienes jurídicos, de corte individual, sí se significan como auténticos bienes jurídicos penales que legitiman la presencia de normas penales dirigidas a su protección.

⁴⁹ DAUNIS A., "Reflexiones en torno a los problemas de aplicación e interpretación del art. 318 bis del CP", en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (ed.) Serta. In memoriam Alexandri Baratta, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 681 y 682.

⁵⁰ En este sentido, y por ejemplo, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, llega incluso a calificarlo como delito contra el orden socioeconómico que tutelaría el fenómeno migratorio como componente del mismo. Vid., en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., "Ley de extranjería y Derecho Penal", La Ley, nº 5261, de 6 de marzo de 2001, p. 2. En todo caso, y como nos advierte ZÚÑIGA, "el objeto de protección de este tipo penal es un buen banco de pruebas de la complejidad del fenómeno de la inmigración, en el que confluyen factores a veces contradictorios, como pueden ser el interés del Estado en ordenar la inmigración y los derechos de los ciudadanos extranjeros al margen de su situación legal". Vid., en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "El inmigrante como víctima: contradicciones del tratamiento penal del fenómeno de la inmigración", op. cit., p. 126.

⁵¹ ÁLVAREZ ALVAREZ, G., "La protección contra la discriminación del extranjero en el CP", en El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la Nueva Ley orgánica 4/2000), Manual de Formación Continua, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 355.

⁵² En este sentido, SERRANO PIEDECASAS, J. R., "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la Nueva Ley orgánica 4/2000), Manual de Formación Continua, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 336; GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F., "El nuevo delito de tráfico ilegal de personas", en LAURENZO COPELLO, P., (coord...) Inmigración y Derecho penal, Valencia, 2002, pp. 291; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, Barcelona, 2002, pp. 87 y ss.

⁵³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual", op. cit., p. 130.

Porque es aquí donde se protegen aquellos sujetos (normalmente extranjeros) que intentando llegar a nuestras costas o aeropuertos son estafados y engañados por organizaciones criminales que se lucran poniendo en peligro la vida de otras personas. Nos referimos, como no, a los casos de las conocidas pateras que, casi siempre sobrecargadas, zarpan diariamente de las costas africanas con un número excesivo de inmigrantes que pagan entre 1.000 y 3.000 euros por una plaza en las mismas o aquellos casos de latinoamericanos que por el mismo precio son embarcados en un avión con destino a España con un pasaporte ilegal⁽⁵⁴⁾.

Esto es, la concurrencia del ánimo de lucro exigida en el tipo agravado del nº 3 debería ser un elemento del tipo básico, y lo que es actualmente el tipo básico sancionarse como mucho administrativamente. Y más si tenemos en cuenta que la conducta de tráfico ilegal de personas sólo constituye infracción administrativa muy grave cuando se realiza "*formando parte de una organización con ánimo de lucro*" (art. 54.1.b de la LO 4/2000, redactado conforme a la LO 8/2000. Además esta propuesta es coincidente con la definición del delito de "tráfico ilícito de migrantes" dada por el Protocolo de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, ya comentado, pues en su art. 6 exige que la conducta se realice "*con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material*".

En cualquier caso, es de rigor aclarar que el legislador, consciente, suponemos, de la multitud y enorme variedad de conductas que caben acogerse bajo este delito, prevé también una atenuación de la pena "*teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida*" (n.º 6). De esto modo se hace posible la rebaja punitiva cuando concurra una finalidad altruista o humanitaria, si bien en estos casos lo deseable sería hablar de atipicidad, por lo que sólo nos resta confiar en el buen hacer de nuestros tribunales. Finalmente, quepa añadirse que por LO 11/2003 se han elevado de forma muy importante las penas, buscando adaptarse a la mínimos establecidos en la Decisión-Marco del Consejo de Europa, de 19.7.2002 relativa a la lucha con-

⁵⁴ DAUNIS A., "Reflexiones en torno a los problemas de aplicación e interpretación del art. 318 bis del CP", op. cit., pp. 688 y 689.

tra la trata de seres humanos, a efectos, como vimos, de poder introducir estas conductas en dos instrumentos comunitarios, que también tratamos: la Acción común 98/733/JAI de 1998 sobre tipificación penal de la participación en una organización delictiva y la Acción común 98/699/JAI de 1998 relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

El tipo básico ha pasado de castigarse con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a castigarse con pena de cuatro a ocho años de prisión. Los tipos agravados, en consecuencia, también han sufrido un notable aumento en la punición.

Una elevación de penas que ha llegado a extremos inadmisibles, pues este art. 318 bis prevé una de las penas más altas del ordenamiento cuando concurra una serie de circunstancias, llegando incluso a penas de hasta 22 años y medio de prisión. Penas, de entrada, superiores a la del homicidio (de 10 a 15 años, art. 138 CP).

B) El tráfico ilegal de mano de obra extranjera (arts. 312.2 in fine y 313 CP)

Art. 312: "1. *Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.*

2. *En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones engañosas o falsas, y quienes empleen súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuvieren reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual".*

Art. 313: "1. *El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.* 2. *Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país".*

En el art. 312.2 se tipifica el abuso de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, entendido como la imposición de condiciones ilegales de trabajo y de Seguridad Social⁽⁵⁵⁾. En consecuencia, no hay más que acudir a la referencia extrapenal aludida para comprobar que se dejan sin protección los derechos de sindicación y huelga (art. 11 Ley de Extranjería), con lo que —de acuerdo con Terradillos— *"se produce una descriminalización de comportamientos antisindicales que favorece la desprotección de los más débiles, lo que redundará en condiciones de trabajo por debajo de los mínimos legales. El efecto negativo no será sólo el que directamente sufren los trabajadores afectados. También se produce una alteración de las reglas del mercado, en la medida en que sea posible acceder a posiciones privilegiadas en la misma a base de abaratar ilegalmente los costes salariales. La importancia de esta manifestación de dumping debe valorarse teniendo en cuenta las características y dimensiones de un mercado como el comunitario europeo"*⁽⁵⁶⁾.

El art. 313 CP, de su parte, se presupone que está orientado a la protección de los derechos del trabajador extranjero⁽⁵⁷⁾, si bien lo cierto es que se está elevando automáticamente a la categoría de delito la inmigración de trabajadores a España de manera clandestina, esto es, al margen de la normativa existente⁽⁵⁷⁾. Y es que para apreciar el delito basta con que se promueva o favorezca la inmigración, esto es, que se apoye, sin ser preciso que efectivamente se materialice. Luego, se trata de un delito de mera activi-

⁵⁵ Cierto es que el CP no hace diferencias en este delito entre inmigrantes y quienes no lo son, pero sin duda las posibilidades de engaños son mayores cuando el sujeto, por su situación de extranjero, desconoce la situación real del mercado de trabajo. Y así lo demuestra el enorme número de casos en que se contrata a trabajadoras extranjeras para actividades laborales que, en realidad, encubren prostitución. Vid., en TERRADILLOS BASOCO, J. M., "Tráfico ilegal de emigrantes", op. cit., p. 21.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Si bien no son pocos los que creen que la criminalización se fundamenta en la aceptación legal de que la inmigración irregular pone en el peligro tanto los derechos laborales de los trabajadores inmigrantes afectados como los de los legalmente contratados. Vid., en TERRADILLOS BASOCO, J. M., "Tráfico ilegal de emigrantes", op. cit., p. 24.

⁵⁸ El TS en algunas sentencias conceptúa a la inmigración clandestina como: "facilitar la llegada a España de una persona de modo secreto, oculto, subrepticio o ilegal, tanto en lo que atañe al transporte como a la organización, realización o incluso posterior acogida con connivencia con quienes participaron o prepararon el viaje correspondiente". En otras sentencias se limita, sin embargo, a definirla como: "la inmigración efectuada al margen de la normativa administrativa".

dad que castiga el tráfico ilegal de mano de obra que se produce de modo transfronterizo. En todo caso, al tratarse de un bien jurídico colectivo, pese a que este tipo de actividades generalmente se hace con un grupo de personas, se apreciaría un único delito siempre que haya unidad de acción, tiempo y de objetivos.

De este modo, continuamente se desarticulan organizaciones que se dedican a reclutar a personas en los países de origen, muchas veces con promesas falsas, que realizan todos los trámites para llevar a cabo la contratación regular (medios de transporte, documentos falsos, trámites de regularización y colocación en un puesto de trabajo). En algunos casos conectan con agencias de colocación que cobran el 50% del primer sueldo y como existe gran precariedad en el empleo, cada dos o tres meses tiene que cambiar de trabajo, lo que conlleva sustanciosos beneficios para aquéllas⁽⁵⁹⁾.

3. Un punto de reflexión

Parece ser, en definitiva, y estamos en completo acuerdo con Daunis⁽⁶⁰⁾, que el inmigrante irregular y el extranjero pobre se han alzado como uno de esos enemigos —junto a los mendigos, terroristas, okupas, y el resto de "indeseables"—, culpables de todos los males del sistema y frente a los cuales hay que tener una respuesta radical y tajante. Todos ellos, son considerados factores de riesgo, fuentes de peligro, que deben ser neutralizadas, y aquí el Derecho penal se transforma, pues, en vez de perseguir conductas de sujetos individuales, se centra en sujetos colectivos que se configuran como grupos con una alta probabilidad de generar riesgos para la convivencia pacífica de la sociedad, y frente a los cuales cualquier actuación está justificada pues el fin —la seguridad colectiva— justifica los medios —violación de derechos humanos individuales—.

En España, que duda cabe, se están realizando importantes esfuerzos para evitar la entrada irregular de extranjeros, pero para ello el ejecutivo no se ha ceñido a utilizar medidas policiales y administrativas⁽⁶¹⁾, sino que también ha recurrido al Derecho penal, utilizando —tal y como estamos viendo— conceptos imprecisos y generales que convierten la conducta típica en cualquier actuación o comportamiento que pueda relacionarse con el tráfico ilegal o la inmigración clandestina, lo que trae consigo importantes

dosis de inseguridad jurídica y generan serios problemas respecto del principio de legalidad⁽⁶²⁾.

La amplia formulación de las conductas típicas analizadas pudiera justificarse desde un punto de vista criminológico, ya que las bandas o redes organizadas dedicadas al tráfico ilegal de personas están compuestas por muchos miembros que desarrollan diferentes actividades: falsificación de los documentos, organización del viaje, pateristas, red de acogida y contratación laboral ilegal, etc. Sin embargo, una redacción tan amplia puede llevar a incluir otros supuestos como: sacerdotes que acogen al inmigrante irregular y les proporciona alimento, vestido y alojamiento; ONGs que prestan gratuitamente servicio jurídico a los inmigrantes irregulares para evitar su expulsión; el familiar o amigo que acoge al inmigrante cuando llega al país, etc. Calificar estas conductas como delito es, desde cualquier prisma que se adopte, absurdo e irracional.

El Estado, en resumidas cuentas, lo que hace es adelantar desmesuradamente la barrera de intervención penal, considerando peligrosa en sí misma la mera acción de entrada irregular de los extranjeros en nuestro país. Todo ello sumado a una política de extranjería cada vez más restrictiva con un importante incremento de las repatriaciones.

A lo largo del 2005, y según datos ofrecidos por el Ministerio del Interior en noviembre de dicho año⁽⁶³⁾, dos de cada tres inmigrantes que alcanzaron las costas españolas fueron repatriados. En total, durante los 10 primeros meses de 2005 llegaron por este medio 9.542 inmigrantes, de los cuales

⁵⁹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., "El inmigrante como víctima: contradicciones del tratamiento penal del fenómeno de la inmigración", op. cit., p. 123.

⁶⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., "Seguridad, Derechos humanos y Garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?", op.cit., pp. 219 y ss.

⁶¹ Se han aumentado las operaciones policiales para reducir el tráfico ilegal de personas, existe un incremento de los fondos destinados a reforzar los medios técnicos y humanos que vigilan las zonas fronterizas, asistimos a una disminución importante de derechos para aquellas personas que acceden de forma irregular al país, se han firmado convenios con los países emisores para estrechar la colaboración policial y facilitar una expulsión más rápida de los inmigrantes.

⁶² DAUNIS RODRÍGUEZ, A., "Seguridad, Derechos humanos y Garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?", op. cit., p. 234.

6.557 han sido devueltos (un 68,7%). Paralelamente, se incrementó el número de rechazados en la frontera, denegándose la entrada a 12.580 (un 39,21% más que en el 2004). Los incrementos más importantes se registraron en el aeropuerto de Barajas en Madrid, donde se rechazaron 7.333 inmigrantes (43% más que en el 2004), en el aeropuerto del Prat en Barcelona, donde se denegó la entrada a 975 inmigrantes (66% más que en el 2004). De otra parte, el acuerdo de readmisión de personas en situación irregular firmado con Francia ha sido uno de los motivos de este incremento. En el 2004 Francia readmitió a 82.286 personas, un 65% más que en el 2003 (50.407 personas). En el 2005, y como consecuencia de los fuertes controles policiales llevados a cabo en la zona fronteriza con Francia, se ha constatado un notable descenso en la llegada de inmigrantes ilegales, procedentes en su mayoría de Rumanía y Bulgaria. Así de las 68.595 readmisiones que se solicitaron a Francia durante los primeros diez meses del 2004, durante el 2005 sólo se han requerido 46.889 (un 31% menos).

Esto es, nuestro país entiende peligroso para su organización política, social y económica el mero hecho de que los extranjeros accedan a España sin los requisitos necesarios al efecto⁽⁶⁴⁾. O lo que es lo mismo, no se busca conceder protección a los bienes jurídicos de los extranjeros que intentan acceder a España, sino evitar el propio acceso de los mismos. Se trata, en definitiva, de una prueba más de ese Derecho penal del enemigo que tantas páginas está llenando y tantos debates está suscitando.

Por no hablar de la forma más acusada de esa nueva visión del derecho penal frente al enemigo extranjero irregular: el art. 89 CP. Este artículo prevé la sustitución de las penas de prisión inferiores a seis años impuestas a los extranjeros no residentes legalmente por la expulsión del territorio nacional con la prohibición de regresar a España durante un periodo de tiempo mínimo de 10 años. Esta medida puede suponer mayor pena que el

⁶³ www.mir.es/oris/notapres/year05

⁶⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., "Seguridad, Derechos humanos y Garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?", op. cit., p. 234.

⁶⁵ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., "Reflexiones en torno a los problemas de aplicación e interpretación del art. 318 bis del CP", op. cit., p. 687.

propio cumplimiento de la condena —que si no llega a los 2 años de prisión podría ser suspendida condicionalmente—, además de anteponerse al derecho del acusado a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, e ignora la finalidad preventiva de las penas diseñada en nuestra Constitución.

Como no nos cansaremos de recordar, el Derecho penal no es el medio más adecuado para regular el fenómeno migratorio, y ahí están las estadísticas para demostrarlo. En este sentido, las medidas económicas y la colaboración entre los países implicados son la mejor forma para evitar la llegada de más inmigrantes por otras vías de las establecidas oficialmente. La regulación penal de los flujos migratorios debiera desaparecer del ordenamiento punitivo y permanecer únicamente en el administrativo, de lo contrario se produce un claro quebrantamiento del principio de ultima ratio e intervención mínima del Derecho penal⁽⁶⁵⁾.

VII. EL TRÁFICO DE PERSONAS PARA SU EXPLOTACIÓN SEXUAL. LA TRATA DE BLANCAS

1. Perfiles del problema

Desde sus orígenes el fenómeno del tráfico sexual de personas ha aparecido esencialmente vinculado a las mujeres. No es casualidad que el nombre con que fue conocido haya sido el de "*trata de blancas*" que equivale a "*comercio transfronterizo de mujeres*". Lo que sí ha ido cambiando paulatinamente ha sido la fisonomía de este tráfico y de la prostitución misma⁽⁶⁶⁾.

El término "*trata de blancas*" fue utilizado formalmente en la conferencia de París de 1902, dirigida a la creación de un instrumento internacional para la persecución y supresión del tráfico de esclavas blancas (*la traite des blanches*) y, aunque inicialmente la única finalidad del concepto fue distinguir estas conductas del comercio de esclavos negros desarrollado en el siglo XIX, pronto fue presa de manipulaciones por determinados grupos racistas que lo conectaron directamente con el tráfico de mujeres blancas, cuando lo cierto es que dichas prácticas incluían mujeres de todas las razas. La confusión en su uso provocó que la conferencia internacional de 1921 recomendara el abandono de su utilización por el de Tráfico de Mujeres y Niñas,

siendo esta denominación adoptada con posterioridad por la Liga de Naciones y Naciones Unidas en todos sus trabajos, si bien lo cierto es que el término sigue siendo utilizado⁽⁶⁷⁾.

A su condición de género y la situación de desigualdad social, jurídica, económica y política se suma, en los últimos años, su condición de emigrante, lo que otorga a la mujer un específico nivel de vulnerabilidad que se manifiesta en un substancial crecimiento de su victimización, sobre todo en el marco de la ilegalidad en el que se ubica este fenómeno. La red tejida en torno a la migración internacional, la exportación laboral, el turismo sexual, la prostitución y el tráfico de personas, constituye uno de los mayores complejos delincuenciales que salpica el presente de muchas personas en condiciones inhumanas de subsistencia, y crea uno de los más importantes retos que tiene que afrontar la sociedad internacional⁽⁶⁸⁾.

Naciones Unidas estima que aproximadamente cuatro millones de personas al año, en todo el mundo, son objeto de tráfico ilegal de inmigrantes, de las que aproximadamente dos millones son mujeres víctimas de las redes de tráfico dirigido a la prostitución⁽⁶⁹⁾, lo que produce unos beneficios para las organizaciones delictivas que lo llevan a cabo de más de siete mil millones de dólares, de los cuales la mayoría provienen de la utilización de esas personas con fines de explotación sexual.

Su estructura es cada vez más compleja y selectiva, y se aleja de los clásicos burdeles para vincularse a la industria del ocio (saunas, clubes, salones de masaje, hoteles, servicio de acompañantes, salones de té, bares con pases de gogó, etc.). De igual forma, también la demanda de servicios sexuales se ha ido modificando y se va haciendo cada vez más variada y caprichosa, por parte de una clientela que, dependiente de las modas, prefiere hoy mujeres extranjeras —más baratas— y preferentemente exóticas. En definitiva, no es sino la materialización de la "*internacionalización de la fuerza de trabajo sexual*", con génesis en el fenómeno globalizador y los grandes movimientos migratorios que, a nivel mundial, éste ha traído consigo⁽⁷⁰⁾.

Y es que la conexión entre tráfico y prostitución organizada es aún más visible en la actual industria del sexo, pues la prostitución organizada es el

estímulo económico y estructural del tráfico sexual. El tráfico internacional que cubre la demanda sexual, o parte de ella, traslada emigrantes de un país a otro. Los principales países europeos receptores son: Alemania, Holanda, España, Suiza, Italia y Austria. De su parte, los países origen del tráfico en Latinoamérica son: República Dominicana, Colombia, Brasil, Uruguay, Surinam y Ecuador; en Europa: Kosovo y toda la zona de los Balcanes; en África: Guinea, Nigeria...

En los países de origen, la confluencia de problemas de desarrollo, feminización de la pobreza, el desempleo, falta de oportunidades laborales, los niveles de educación, en general el nivel económico, los conflictos civiles y militares y las prácticas esclavistas (países tercermundistas que siguen considerando a la mujer una propiedad del hombre o de su familia que, por tanto, puede disponer de ella y venderla), constituyen el caldo de cultivo de la venta de mujeres con fines, normalmente, de explotación sexual y la puesta a disposición de redes organizadas de los futuros personales de muchas personas que ven en la inmigración ilegal su única vía de salida.

Respecto de los países receptores: la sociedad de consumo, el incremento de la demanda de determinados servicios y la falta de políticas represivas hace que el tráfico se vea como un negocio, con pocos riesgos y elevados beneficios. Una situación agravada por la actuación de los medios de

⁶⁶ MAQUEDA ABREU, M. L., *El tráfico sexual de personas*, op. cit., p. 15.

⁶⁷ DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., p. 3

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 19 y 20.

⁶⁹ Según datos emitidos por la Conferencia de Mujeres 2000, celebrada en Nueva York durante la primera quincena del mes de junio (El Mundo, jueves 8 de junio de 2000).

⁷⁰ MAQUEDA ABREU, M. L., *El tráfico sexual de personas*, op. cit., pp. 15 y 16.

⁷¹ *Ibidem*, p. 46.

⁷² *Ibidem*, p. 73.

⁷³ *Ibidem*, p. 217.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 20 y ss.

⁷⁵ DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., p. 72.

comunicación y el denominado "efecto demostración", que creando falsas expectativas hacen de la inmigración una salida hacia la esperanza. Esto es, en muchos de los países de origen, el incremento del desempleo, el índice de deserción escolar crece, lo que sumado al nivel de autoestima de la mujer, producto de la utilización de su imagen como objeto de uso a través de los medios de comunicación, la desintegración familiar y otras formas de violencia convierten a la explotación sexual en una práctica común y aceptada e impiden cualquier posibilidad de conceptuar la prostitución como libremente aceptada en aquellos supuestos en los que se puede apreciar un cúmulo de estos factores .

Un tráfico ilegal conectado con otros mercados y otras mafias, también ilegales: de la droga, las armas, la pornografía o el crimen organizado. O lo que es lo mismo, en la prostitución no se trata, en su mayoría, de acciones individuales llevadas a cabo por proxenetas o chulos, sino de redes o mafias internacionales que las realizan paralelamente a otros delitos. Pornografía, prostitución y tráfico de mujeres con fines de explotación sexual configuran un triángulo que, junto con el tráfico de drogas, constituyen el punto neurálgico de la criminalidad internacional . Uno de los negocios más lucrativos del mundo, lo que complica sobremanera su lucha eficaz. Pues requeriría no sólo de soluciones punitivas, sino de estrategias de prevención que van desde propuestas de intervención activa y de protección en áreas jurídicas y socio-económicas, preferentemente, hasta políticas de concienciación y responsabilización acerca de la trascendencia de un fenómeno que, frente a lo que se cree, no es marginal, ni desde luego espontáneo, ya que descansa en una situación estructural de desigualdad, que garantiza la pobreza, la marginalización y el abuso para sectores crecientes, siempre los más vulnerables, de la población mundial.

Estamos, nada más y nada menos, ante lo que se ha calificado, con razón, la llamada esclavitud de nuestro tiempo . Una triste realidad, en ocasiones, favorecida por los propios países de origen, que pueden llegar a generar políticas estatales de permisividad e incluso de fomento del tráfico, pues el dinero enviado por las mujeres que se prostituyen en el exterior genera una riqueza que en ocasiones puede (como en el caso dominicano) equipararse a la cantidad de dinero del presupuesto nacional que el país gasta en bienes y servicios⁽⁷⁵⁾.

2. Regulación de la prostitución en el Código penal español

En el derecho español la prostitución está descriminalizada; esto es, no se considera delito. Ello sin duda es coherente con una perspectiva liberal que define éste como uno de los clásicos delitos "sin víctima". Sin embargo, es una quimera la imagen de un delito sin víctima y se apunta a la mujer que ejerce la prostitución no sólo como víctima, sino como "doble víctima" de la situación y de la ausencia de regulación. Esto es, se hace evidente la hipocresía social de no criminalizar y defender al propio tiempo la no legalización, produciendo con ello el que la mujer deba sufrir desde un doble frente: enfrentándose con la falta de protección de la ley y conviviendo con la estigmatización. Pero, claro, esto se traduce en una situación altamente beneficiosa para el cliente, que sin verse agravado por la criminalización no lo está tampoco por la legalización. Pero aunque la prostitución no constituye delito, lo que resulta punible, lógicamente, es obligar a alguien a ejercerla contra su voluntad, pues, de igual modo que en las agresiones o abusos supone un atentado contra la libertad sexual. De este modo, el art. 188.1 de nuestro CP dice expresamente:

"El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses [...]".

3. De nuevo el castigo del proxeneta o rufián

Finalmente, la situación a medio camino entre la legalidad y la criminalización trae consigo, como uno más de sus efectos, la falta de protección de las prostitutas, que pueden ser acosadas por todo el mundo: policías, chulos y clientes. Y cuando esa "protección" se otorga, paradójicamente, resulta hacerse, en opinión de las propias afectadas, demasiado intromisiva; por ejemplo castigando al rufián, al proxeneta, aún cuando la propia mujer consienta. Y esto es lo que ocurre en nuestro Derecho penal, tras la reforma llevada a cabo por la LO 11/2003, que introduce un último párrafo en el art. 188.1 CP.

Art. 188.1 in fine: "*...En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma*".

Esto es, comportamientos de mero favorecimiento, como la facilitación de locales o de clientes, quedan excluidos del ámbito de aplicación del precepto, salvo que le reporte un beneficio a quien lo hace, pues desde dicha reforma se le impondrá la misma pena a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de ésta. O lo que es lo mismo, se reintroduce la figura del proxeneta, con lo que retornamos a un concepto moralista de la prostitución, diametralmente opuesto a un modelo constitucional basado en el respeto a la libertad y en la no confesionalidad del Estado. Una regulación, en todo caso, ciertamente hipócrita, pues tras más de 2 años en vigor, los clubs de carretera, las salas de "masaje", los servicios de acompañamiento, burdeles y demás, siguen funcionando a pleno rendimiento, y no será porque desconocemos los lugares donde se ubican —quizás los letreros luminosos y las luces de neón no sean suficientes...—.

4. La trata de blancas como negocio de las organizaciones criminales

En cuanto a la conexión de la prostitución con las organizaciones criminales dedicadas al tráfico internacional de personas para su explotación sexual, el art. 318 bis, 2 y 3, como veíamos, nos dice:

2. 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 10 años de prisión.

3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior [...].

De este modo, la triste práctica, pero cada vez más usual, de traer mujeres (engañadas o no) desde otro país, que una vez aquí se ven obligadas a comerciar con su cuerpo para hacer frente a la supuesta deuda contraída, se castiga desde un doble frente: como delito contra la libertad sexual (art. 188 CP) y como delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis).

Pero subsiste, sin embargo, un problema. El art. 318 bis, al rubricarse como "*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*", dejaría sin protección verdaderos casos de trata de personas para su explotación sexual cuando éstas no tuvieran la condición de "*extranjeras*", como sucedería con las españolas o las ciudadanas de otro país perteneciente a la Unión Europea.

5. Reflexiones finales

El tráfico de mujeres dirigidas a la explotación sexual no puede observarse desde una óptica unidireccional, sino que debe adoptar un lente binocular en la que queden perfectamente reflejados tanto los intereses económicos que genera, como las connotaciones, preferentemente sexuales, que encierra. El tráfico de mujeres sólo puede entenderse en términos de poder, tanto económico como sexual, en un marco en el que las relaciones de género se han visto siempre condicionadas por la primacía masculina y, sólo ahora, muestra esa doble vertiente mediante la publicitación de la esclavitud femenina sexual como un exponente más del grado de minusvaloración en el desarrollo y aplicación de los derechos fundamentales de las mujeres⁽⁷⁶⁾.

Porque, en la actualidad, las causas que motivan la emigración relacionada con el tráfico obedecen a una serie de factores que, generalmente, interactúan en la adopción de las decisiones y que, sólo en ocasiones, actúan por separado: la falta de oportunidades en los países de origen, la extrema pobreza al que se ven sometidos muchos países en vía de desarrollo — con una especial repercusión en la marginación de la mujer—, la falta de educación y formación laboral y otros de distinta naturaleza, como el crecimiento de la demanda de mujeres exóticas, del turismo sexual, la internacionalización de las redes del crimen organizado. En resumen, un fenómeno

⁷⁶ *Ibidem*, p. 22.

no que aúna la complejidad criminológica de las diversas formas de criminalidad en relación con los factores socio-culturales de sus víctimas: la delincuencia sexual y violenta en su forma organizada, que extiende sus tentáculos hacia el ámbito económico, concretamente laboral, y la explotación de las diversas posibilidades que les otorga los menores de edad⁽⁷⁷⁾.

En el informe del Secretario General sobre las actividades de los órganos de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales relacionadas con el problema de la trata de mujeres y niñas (20 de enero de 2000), resalta lo siguiente: *"Es importante reconocer que toda solución efectiva y realista del problema de la trata de personas dependerá, en gran medida, de la comprensión de sus causas básicas. Cabe mencionar las siguientes: factores económicos, como la pobreza, escasez de alimentos, el desempleo y el endeudamiento; factores sociales y culturales, como la violencia contra las mujeres y las niñas y la discriminación por razones de género dentro de la familia y la comunidad y por el Estado; factores políticos y jurídicos, como la inexistencia de una legislación apropiada, la falta de voluntad política y la corrupción del sector público; y factores internacionales, como la feminización cada vez mayor de la migración laboral, por una parte, y las políticas de inmigración cada vez más restrictivas de los países receptores, por la otra, el poder y la participación cada vez mayores de las redes transnacionales de la delincuencia organizada, la rápida expansión de la industrial mundial del sexo y la brecha creciente entre los países ricos y los pobres. Sólo afrontando estas causas complejas e interrelacionadas se conseguirá avanzar en la eliminación de la trata y la protección de los derechos de las personas objeto de ella. Es particularmente importante que los derechos humanos se integren en el análisis del problema de la trata de personas y la articulación de soluciones. Como ha observado la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, esa es la única manera de concentrar los esfuerzos a favor de la persona objeto de trata y de velar porque esta actividad no sólo se reduzca a un problema de emigración, un problema de orden público o un problema de delincuencia organizada⁽⁷⁸⁾".*

En cualquier caso, y en lo que a España en concreto se refiere —y que se puede hacer extensible a infinidad de países—, la situación legal de las mujeres extranjeras que se dedican a la prostitución se ve agravada por el tratamiento que tal tema se da en nuestro país, donde aunque no está pro-

hibida tampoco se regula adecuadamente. Y es, precisamente por aquí, por donde hay que comenzar. Porque mientras no exista una postura clara sobre el tratamiento jurídico de la prostitución, las mujeres inmigrantes que se dedican a esta oficio —se estima que de las 300.000 mujeres que se dedican a la prostitución en España la mayoría son extranjeras—⁽⁷⁹⁾, estarán doblemente victimizadas: como inmigrantes irregulares y como prostitutas sin reglamentación. Y este es, no cabe duda, el caldo de cultivo ideal para favorecer su explotación (sexual, laboral, etc.), puesto que su doble victimización les llevará a no denunciar y a no colaborar con las autoridades correspondientes. Sin duda, un negocio redondo para gente sin escrúpulos⁽⁸⁰⁾.

VIII. CONCLUSIONES VALORATIVAS

Si es cierto, como Durkheim aseveraba, que la calidad moral de una cultura se mide por su relación con lo extraño⁽⁸¹⁾, podemos decir que la sociedad española no tiene la moral deseable en estos tiempos ciertamente extraños. Nuestro mundo actual es de cambio incontrolado y confuso, en el que la gente tiende a reagruparse en torno a entidades primarias, tales como la religión, la etnia, el territorio o la nacionalidad. Son éstos unos tiempos azarosos donde, de acuerdo con Castells, *"el fundamentalismo religioso, cristiano, islámico, judío e incluso budista es probablemente la fuerza más formidable de seguridad personal y movilización colectiva"*.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 61 y 62.

⁷⁸ Vid., en DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op. cit., p. 62, nota 62.

⁷⁹ EL PAÍS, 18 de enero de 2004. Una situación, como veremos, cada vez más importante, pues en las últimas décadas este sector sufre la misma demanda de trabajadores que otros sectores laborales de baja cualificación: apenas es ejercida por nacionales, al menos en sus estratos más bajos, porque aspiran a mejores puestos en la sociedad (con la excepción de las drogodependientes). Este hueco lo cubren las inmigrantes. Vid., en SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *"Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual"*, op. cit., p. 117.

⁸⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *"El inmigrante como víctima: contradicciones del tratamiento penal del fenómeno de la inmigración"*, op. cit., p. 124.

⁸¹ *Ibidem*, p. 105.

Es ciertamente lógico que el Estado regule las migraciones, para que éstas sean ordenadas y congruentes con la capacidad de la sociedad para absorberla social y económicamente, pero las políticas legislativas que restringen excesivamente la regularización de los inmigrantes conllevan finalmente bolsas de irregulares, con un extraordinario poder criminógeno: estas personas se convierten en mercancías del mercado en mano de las leyes del más fuerte, los traficantes de seres humanos. Se debe, en consecuencia, empezar por hallar la fórmula de regularizar a los inmigrantes de manera ordenada y de acuerdo a las necesidades sociales y económicas de la sociedad. Ese es el mejor modo de desactivar la criminalización de los inmigrantes y de todos aquellos que viven de su vulnerabilidad. Desvictimizar para descriminalizar. Porque la multiculturalidad es producto de la globalización, lo queramos o no. Y es que, como bien asevera Javier Solana : *"O los recursos se mueven del norte al sur o las personas se moverán del sur al norte"*.