



# **RESPUESTA PENAL ANTE EL TRÁFICO DE PERSONAS POR EL ESTRECHO DE GIBRALTAR**

## **SUMARIO:**

- INTRODUCCION. LA INMIGRACION RECIENTE: EUROPA Y ESPAÑA
- EL CODIGO PENAL ESPAÑOL Y EL TRAFICO ILICITO DE PERSONAS
- EL DELITO DE TRAFICO ILEGAL DE PERSONAS DEL ARTICULO 318 BIS DEL CODIGO PENAL
- LA INMIGRACION IRREGULAR EN EL CAMPO DE GIBRALTAR
- ANALISIS DE LA RESPUESTA PENAL ANTE LA INMIGRACION ILEGAL EN EL ESTRECHO DE GIBRALTAR



## I. INTRODUCCIÓN. LA INMIGRACIÓN RECIENTE: EUROPA Y ESPAÑA

Las características actuales de los desplazamientos de población en el mundo hacen necesario afrontarlos en esa dimensión o al menos a escala continental, siendo cada vez más difícil darlos respuesta desde una escala nacional.

España, que todavía vivía la emigración europea de retorno a principios de los ochenta, se ha convertido en los noventa en un destino preferente para la inmigración procedente sobre todo de África e Iberoamérica y en los últimos años de países del Este europeo, tanto como destino definitivo, que como puerta de entrada y lugar de paso hacia el resto de la Comunidad. A pesar de su pequeño volumen comparativo, se ha vivido de forma muy acelerada y con el drama añadido de las muertes en el Estrecho y otros lugares, lo que ha hecho del fenómeno uno de los mayores problemas y desafíos.

Desde entonces las medidas policiales que se han venido tomando, los procesos de regularización, las diferentes "leyes de extranjería" y los sucesos trágicos y xenófobos, se han convertido progresivamente en algunos de los temas más debatidos y polémicos para la sociedad española. Su reflejo en los medios de comunicación es continuo y creciente.

En materia de inmigración los desarrollos legislativos en la Unión Europea se producen, fundamentalmente, a partir del Tratado de Ámsterdam, siendo de gran importancia la normativa generada en relación a la inmigración clandestina como respuesta a la gran preocupación reinante en Europa ante tal fenómeno. En algunos momentos ha llegado a afirmarse que la "inmigración ilegal" es ya el delito que más preocupa en la UE, por delante del narcotráfico.

Pues bien, a modo de ejemplo se cita la Directiva 2002/90 que define la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares y pretende armonizar las infracciones y sanciones relacionadas con la inmigración clandestina. En el Tratado de la Constitución Europea se habla en su artículo III-267.2, refiriéndose a las medidas que se pueden desarrollar en este ámbito de la política europea de inmigración, entre otras: "c) la inmigración y residencia ilegales... d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños".

En España el fenómeno de la inmigración irregular es también relativamente nuevo y la respuesta que el Estado ha venido dando a tal fenómeno ha estado acompañada en los últimos años de continuas reformas legales.

La primera "ley de extranjería", del año 1985, es derogada por la ley del año 2000 y posteriormente ésta reformada, al igual que los correspondientes Reglamentos. Son normas, en el ámbito administrativo que regulan la entrada y la permanencia de extranjeros en España.

Simultáneamente se empiezan a introducir en el Código Penal delitos relacionados con la inmigración irregular; normativa que también ha ido modificándose en estos últimos años.

Centrará nuestro interés, precisamente, la respuesta que nuestro Derecho Penal da al llamado "tráfico ilícito de inmigrantes". Antes, de forma muy resumida conoceremos lo que ha sido y lo que es la actual respuesta que, desde el ámbito penal, se está dando desde el Estado español.



## **II. EL CODIGO PENAL ESPAÑOL Y EL TRAFICO Ilicito DE PERSONAS**

La primera vez que se contempla en nuestro Código Penal una conducta de tráfico ilícito de personas fue con la introducción del artículo 499 bis por la Ley 44/1971 en un nuevo capítulo como "delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo", en el que se castigaba "al que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra o intervenga en migraciones fraudulentas".

El Código Penal de 1995 incluye el delito de tráfico ilegal de mano de obra (artículo 312) y el delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina a España (artículo 313.1).

Por la Ley Orgánica 4/2000, de Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se introdujo un nuevo título en el Código Penal: "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en el que, a través del artículo 318 bis se castigaba el tráfico ilegal de personas con carácter general y se elevaban las penas.

Por último, nos encontramos con la actual regulación legal, la introducida por la Ley Orgánica 11/2003 de "Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros", que modifica el artículo 318 elevando de forma importante las penas.

El actual precepto castiga, en su número 1 (tipo básico) al que promueva, favorezca o facilite, tanto el tráfico ilegal como la inmigración clandestina, directa o indirectamente con pena de 4 a 8 años (antes de 6 meses a 3 años).

Cuando la finalidad de ese tráfico sea la explotación sexual, se establece en su número 2 una pena de 5 a 10 años. Por otra parte, en el número 3 se establece como pena la de 6 a 8 años cuando exista ánimo de lucro, empleo de violencia o intimidación o engaño, puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas, o cuando la víctima sea menor de edad. Y la pertenencia a una organización o asociación que se dedique a esta actividad agrava las penas desde 8 a 12 años.

Y en su número 6, probablemente para tratar de paliar tal aumento de penas se establece la posibilidad de rebajar la pena atendiendo a la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste.

De este modo, la protección penal específica de los derechos de los ciudadanos extranjeros que lleva a cabo el art. 318 bis se complementa con el art. 313, que capta en particular el tráfico específicamente dirigido a la explotación laboral.

## **III. EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS DEL ARTÍCULO 318 BIS DEL CODIGO PENAL.**

En relación al bien jurídico protegido no hay unanimidad en la doctrina. Algunos autores sostienen que se busca la protección genérica de los derechos y libertades fundamentales del extranjero, a lo que se objeta que muchos de estos derechos (derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, etc.) ya se encuentran protegidos a través de los tipos comunes de los delitos contra las personas del Código Penal, que se aplican sin discriminación por razón de la



nacionalidad de la víctima. Otros opinan que se tutela la política migratoria del Estado.

El sujeto pasivo del delito sólo pueden serlo ciudadanos extranjeros. Pero ¿que concepto de ciudadano extranjero?: los que carezcan de nacionalidad española o los extracomunitarios?. Teniendo en cuenta la libre circulación de personas entre ciudadanos de la Unión Europea parece que en la práctica habrá de referirse a extranjeros no comunitarios.

La conducta típica que se castiga es la de promover, favorecer o facilitar, de modo directo o indirecto, el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España. Aquí no se exige el componente del ánimo de lucro, aunque cabría excluir otras conductas de ayuda al inmigrante que no tienen ese fin de favorecer la inmigración como es el prestarle asistencia en sus necesidades primarias de comida o alojamiento.

Para la consumación no se requiere que la víctima haya entrado, salido o transitado por territorio español: basta con la conducta de promoción, favorecimiento o facilitación.

Se viene criticando la excesiva amplitud de la conducta típica del delito y, por otra parte, existe opinión bastante generalizada en el sentido que solo debería ser punible aquel tráfico realizado con ánimo de lucro, pues parece excesivo castigar como delito contribuciones altruistas o por razones humanitarias al tráfico, comprensibles ante las situaciones de absoluta necesidad que a menudo empujan al inmigrante.

La redacción de los tipos agravados 3, 4 y 5 también ha sido criticada por la doctrina al estimarse que resulta desigual equiparar, por ejemplo, el tráfico con ánimo de lucro con el tráfico realizado con violencia o con el tráfico efectuado con ánimo de lucro y violencia.

#### **IV. LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN EL CAMPO DE GIBRALTAR**

Antes de adentrarnos de lleno en nuestro trabajo es preciso tomar en cuenta la realidad del Campo de Gibraltar en lo que se refiere a la inmigración clandestina. Y ello nos lleva necesariamente a considerar el Estrecho como lugar "privilegiado" de entrada de un importante número de inmigrantes.

Los apenas 13 kilómetros que separan nuestra costa del continente africano además de la existencia de líneas marítimas regulares con Ceuta y Tánger hacen que esta zona cobre singular importancia en la entrada de extranjeros no comunitarios; sin olvidar tantas pérdidas de vidas humanas, que hace que algunos denominen al Estrecho de Gibraltar como el "cementerio mas grande del mundo".

Irremediamente hay que acudir al mundo de las cifras para tener una ligera idea de que estamos hablando; sin embargo, estas cifras a menudo se antojan dispares según la fuente a la que se acuda. No obstante a ellas habremos de acudir y obtener las conclusiones que se estimen pertinentes.

La entrada irregular no solo se produce a través de embarcaciones, como tendremos oportunidad de observar a lo largo de este trabajo; sin embargo, la estadística que nos proporciona el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales es referida exclusivamente a este modo de entrada.

Aún así es necesario conocerla; es la siguiente:

#### **DATOS INMIGRACIÓN IRREGULAR POR MEDIO DE EMBARCACIONES**



<b>Total territorio español</b>		
	Año 2003	Año 2004
Embarcaciones	942	740
Ocupantes detenidos	19.176	15.675
Responsables embarcaciones detenidos	225	283
Cadáveres	101	81
Desaparecidos	109	60

La anterior tabla nos muestra las cifras referidas al total en España. Es preciso conocer los datos referidos al Estrecho de Gibraltar por ser la materia que ocupará nuestra dedicación. Y, al respecto, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nos ofrece la situación en nuestras costas:

<b>ESTRECHO DE GIBRALTAR (litoral de Andalucía, Ceuta, Melilla y Murcia)</b>				
	Año 2003 (31 dic.)	Año 2004 (31 dic.)	Variación	
			Absoluta	Porcentual
Embarcaciones	363	445	+ 82	+ 23%
Ocupantes detenidos	9.794	7.245	- 2.549	- 26 %
Responsables embarcaciones detenidos	18	159	+ 141	+ 783 %

Refiriéndonos a la provincia de Cádiz, exclusivamente, las cifras que se nos ofrecen son las siguientes:

<b>PROVINCIA DE CADIZ</b>		
	Año 2003	Año 2004
Embarcaciones	130	75
Ocupantes detenidos	5.035	1.295



Por su parte, la Comisaría de Policía de Algeciras, competente para incoar los expedientes de expulsión por estancia irregular de extranjeros, nos presenta los siguientes datos:

Extranjeros interceptados por entrada ilegal en el país: 4.061 en el año 2004; mientras que en el año 2003 la propia Comisaría hablaba de 11.017 inmigrantes interceptados.

En esta aproximación a los datos sobre entrada de inmigrantes de forma irregular en esta zona, es obligado hacer especial referencia a la entrada de menores. Durante el año 2004 se dictaron 103 repatriaciones de menores (de 16 a 18 años) en aplicación de la Instrucción 3/2003 de la Fiscalía General del Estado, afortunadamente ya derogada. A esta cifra habría que sumar tanto a los menores que no fueron repatriados como a los que no fueron detectados por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

## V. ANÁLISIS DE LA RESPUESTA PENAL ANTE LA INMIGRACIÓN ILEGAL EN EL ESTRECHO DE GIBRALTAR

**Objetivo general.-** Partiendo del marco teórico expuesto con anterioridad se tratará de estudiar el tráfico ilegal de inmigrantes en esta zona, Algeciras y el Campo de Gibraltar.

Más concretamente se indagará como la nueva redacción del ya nombrado artículo 318 bis del Código Penal está incidiendo en esta zona.

**Objetivos específicos.-** Dos son las perspectivas del actual trabajo:

- a) Por una parte se analizarán todas las circunstancias que rodean a la comisión del delito: ¿cómo se produce el delito?, ¿quiénes son los presuntos culpables, las víctimas?, ¿dónde, cuando se cometen estos delitos?, etc.
- b) En segundo lugar se analizarán las consecuencias jurídico-legales de la comisión de dichos delitos: los procedimientos penales, las sentencias dictadas, etc.

**Metodología.-**

La importante agravación de penas que trajo consigo la última reforma del ya referido artículo 318 bis del Código Penal ha determinado que la competencia para juzgar y sentenciar estos delitos se encuentre en la Audiencia Provincial. En el presente caso nos referiremos a la Sección de Algeciras de la Audiencia Provincial de Cádiz.

Además, teniendo en cuenta que esa nueva disposición legal-el artículo 318 bis-entra en vigor en los últimos meses del año 2003, los casos a estudiar se ceñirán a todos los procedimientos penales que se incoan durante el año 2004 en esa Sección de la Audiencia Provincial; casos que ya han sido sentenciados en su totalidad. El número de Procedimientos Abreviados incoados ha sido de 73.

Previamente es necesario hacer la siguiente precisión: considerar todos los asuntos por delito que han tenido entrada en la Audiencia Provincial durante el año 2004, no significa que nos encontremos ante la totalidad de delitos acaecidos;



y ello por dos motivos: por un lado, es fácil presumir que no todos los casos de inmigración ilegal han sido detectados y sus culpables detenidos por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado; y por otro lado, no todos los atestados policiales relacionados con este delito en el año 2004 han tenido entrada ese mismo año en la Audiencia Provincial.

No obstante se considera suficiente tomar como muestra los referidos 73 casos para cumplir con los objetivos propuestos en el trabajo.

### **Análisis de los procedimientos penales.-**

¿Que información se ha recogido?, ¿cómo se han obtenido los datos para el trabajo?.

Se ha accedido a todos los expedientes penales y se ha procedido a la lectura de los mismos, fundamentalmente de los siguientes documentos: atestados policiales, declaraciones de los implicados (tanto de acusados como de víctimas) y sentencias.

### **PRIMERA PARTE:**

#### **CARACTERÍSTICAS DEL DELITO**

**Sujeto activo.-** Un primer aspecto a considerar es la nacionalidad del culpable del delito. El resultado es el siguiente:

<b>Nacionalidad</b>	<b>Causas Penales</b>
Marruecos	65
España	5
Francia	2
Bélgica	1
Total	73

Se ha observado que no todos los acusados de nacionalidad marroquí son residentes en Marruecos: en varios casos son residentes legales en España o en otros países de la Unión Europea.

En la mayoría de los casos se trata de varones, aunque en algunos supuestos de entrada a través de vehículo se ha acusado también a mujeres, ocupantes de dichos vehículos.

### **Número de implicados.-**



El número de implicados no es uniforme, no superando las tres personas y en la mayoría de los casos es solamente una persona la que comete el delito. Los datos que se nos ofrecen son los siguientes:

Nº implicados	Causas penales
1	50
2	19
3	4

**Sujeto pasivo.-**

Se considerará a continuación a las víctimas de estos delitos: ¿qué extranjeros, su nacionalidad, su edad, su sexo, etc.?. Ello nos dará una idea de las características de los extranjeros indocumentados que han intentado entrar en España de forma irregular.

También se considerará el número de inmigrantes referido a esos 73 procedimientos penales y otras circunstancias que nos permitirán acercarnos al perfil de las víctimas.

En relación a la nacionalidad de los inmigrantes que se trataban de introducir en España los datos obtenidos se reflejan en los siguientes cuadros:

**Nacionalidad según número causas penales**

Nacionalidad Marruecos	72
Nacionalidad Subsahariana	1
Total causas penales	73

**Nacionalidad según número inmigrantes**

Nacionalidad Marruecos	317
Nacionalidad Países Subsaharianos	18
Total inmigrantes detenidos	335

En relación a la edad de los inmigrantes detenidos y a pesar de las dificultades para la obtención de datos totalmente fiables, dado que la mayoría carecen de documentación, se ha observado que en la mayoría de los casos se trata de personas jóvenes. Sin embargo, también se ha detectado la presencia de menores de edad, con las importantes consecuencias penales que eso conlleva.

La presencia de menores se observa en los cuadros siguientes:





### Edad de inmigrantes según su número

Inmigrantes mayores de edad	308
Inmigrantes menores de edad	27
Total inmigrantes	335

### Edad de inmigrantes según causas penales

Solo mayores de edad	69
Menores de edad	4
Total causas penales	73

La variante de sexo es también importante considerarla para ir formando ese perfil del inmigrante irregular.

El siguiente cuadro refleja los correspondientes datos:

Hombres	328	98 %
Mujeres	7	2 %
Total	335	100 %

Las modalidades de comisión del delito es preciso analizarlas; de los 73 casos analizados, 72 fueron supuestos de entrada ilegal y 1 de estancia en una vivienda.

Las entradas que se intentaron fueron por medio de vehículo o de embarcación. En los cuadros siguientes se observan los detalles:

### Medio utilizado según causas

Vehículo	58
Embarcación	14
Total causas	72

(Nota: Aparece total nº causas 72 y no 73, al no tenerse en cuenta el caso de la "vivienda").



Y en relación a qué tipo de vehículo ha sido utilizado conviene precisarlo para un mayor conocimiento de las formas de comisión del delito. En la mayoría de los casos los conductores de los vehículos son los inculpados, y en algunos casos, además alguno de sus ocupantes.

**Vehículos utilizados según causas**

Turismo	43
Furgoneta	7
Autobús	5
Camión	3
Total causas	58

La ocultación o no del inmigrante, así como las formas de ocultación varían según el medio que haya sido utilizado. Se ha observado lo siguiente:

**Ocultación de inmigrantes**

Embarcaciones	14	No ocultos
Vehículos (58)	13	No ocultos
	22	Ocultos: maletero, remolque, baca
	5	Ocultos: salpicadero, motor.
	18	Ocultos: huecos, doble fondo,..

Por último es necesario averiguar el número de inmigrantes que han sido detenidos en relación al medio utilizado. En términos generales fueron los siguientes:

Vivienda	20
Embarcación	206
Vehículo	109
Total inmigrantes	335



Concretando aún más, se trata de verificar como esos 206 inmigrantes que trataron de entrar por medio de embarcación, se distribuyen en los ya referidos 14 casos.

La distribución fue la siguiente:

Número de inmigrantes por embarcación

Total de embarcaciones: 14

Total de inmigrantes: 206

54	19	6	1
41	10	4	1
27	9	3	
20	8	2	

(Nota: Cada casilla anterior corresponde al número de inmigrantes por embarcación de mayor a menor).

La distribución de los inmigrantes que trataron de entrar por medio de vehículo fue la siguiente:

Número de inmigrantes por vehículo

Total vehículos: 58

Total inmigrantes: 109

Vehículos	Nº Inmigrantes
53 casos	1, 2 ó 3
1 caso	9
1 caso	5
1 caso	5
1 caso	5
1 caso	5

Establecer el lugar y el tiempo -dónde y cuándo- se producen las interceptaciones de los inmigrantes por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, nos ayudará aún más a configurar la forma de comisión de estos delitos.

En relación al lugar los datos obtenidos se reflejan a continuación:

Aduana, Puerto de Algeciras	50
	9



Carretera o ciudad	
Mar o costa	14
Total casos	73

En relación al tiempo, se ha tenido en cuenta los meses en los cuales se han producido los hechos, las detenciones por estos delitos.

De los 73 casos, 19 se produjeron en el año 2003 con la siguiente distribución por meses:

Octubre:	11
Noviembre	6
Diciembre	2

El resto de procesos penales – 54- corresponden a hechos acaecidos durante el año 2004, que se distribuyen por meses, de la siguiente forma:

Enero	5	Julio	3
Febrero	3	Agosto	20
Marzo	3	Septiembre	7
Mayo	5	Octubre	2
Junio	4	Noviembre	2

Finalmente se trató de indagar la posible relación entre los inculcados por el delito y los inmigrantes indocumentados, si se pagó dinero por el traslado y cualquiera otra circunstancia que nos hiciera conocer mejor estos delitos. Para ello, se ha dado lectura a las declaraciones de los implicados en los atestados y en los Juzgados que constaban en los autos incoados en la Audiencia.

La información obtenida ha de ser tratada con toda la cautela posible, toda vez que no siempre se impone la veracidad en lo declarado. A pesar de ello, se expone la información obtenida, por considerarla de gran interés.

En cuanto al precio: la mayoría declara que no pagó por el "viaje". Sólo en 9 casos (de 73) se dice haber pagado precio. En el caso de la embarcación con 54 ocupantes se declaró por todos ellos haber pagado precio.

La mayoría de los inculcados, en los casos de camiones y autobuses sobre todo, dicen desconocer que había inmigrantes en los vehículos que conducían. Y los inmigrantes, a su vez declaran que se habían introducido en tales vehículos por su cuenta, sin conocimiento de sus conductores.

En algunos casos-6- se declara, y se comprueba su veracidad con posterioridad, una relación familiar entre inculcados (conductores de turismos) e inmigrantes. Específicamente, de hermanos en cuatro casos y de cuñados en otros dos casos.

## CONCLUSIONES



Después de haber estudiado la forma de comisión del delito, sus protagonistas (sujetos activos y pasivos), y demás circunstancias, se pueden establecer una serie de conclusiones, algunas meras hipótesis, que se enumeran a continuación:

- A pesar del fuerte incremento de penas en relación al delito de tráfico de inmigrantes, esta zona –por sus peculiaridades- continúa siendo un importante lugar donde se producen estos hechos.
- A la premisa tan extendida de “entrada ilegal” de inmigrantes = “mafias”, se ha podido constatar que en innumerables casos la entrada se ha producido previa relación de amistad o familiar, o por cuenta y riesgo del propio inmigrante, sin intervención de organizaciones delictivas y sin pago de precio.
- Existe identidad casi en el 100 % de los casos entre la nacionalidad del inculcado y la de los inmigrantes: la marroquí.
- La idea tan extendida de que la entrada irregular en España se produce solo a través de “pateras” no es real: de los 335 inmigrantes interceptados, en los casos analizados, el 61 % lo hizo por medio de embarcación, y el 32 % por medio de vehículo.
- No obstante, las embarcaciones soportan mayor número de inmigrantes. Así, 14 embarcaciones “trajeron” 206 inmigrantes, mientras que 58 vehículos “trajeron” 109 inmigrantes.
- El perfil del inculcado es varón, de nacionalidad marroquí, residente en Marruecos; salvo en el caso de conductores de autobuses o camiones y algunos turistas que residen en algún país europeo.
- El perfil del inmigrante también es varón marroquí adulto; a pesar de la presencia en algunos casos de menores, mujeres y subsaharianos.
- Se constata un incremento de los delitos en los meses de verano, bien debido al mejor tiempo o a las aglomeraciones propias de esos meses en la Aduana.

## **SEGUNDA PARTE:**

### **LAS CONSECUENCIAS JURIDICO-PENALES DEL DELITO DEL ARTICULO 318 BIS DEL CODIGO PENAL**

Después de ver las diferentes modalidades de comisión del delito tipificado en el artículo 318 bis de nuestro Código Penal es imprescindible analizar sus consecuencias, en definitiva, comprobar que respuesta está dándose desde el Derecho Penal a través de los Jueces a los casos de “tráfico ilegal de inmigrantes”.

El camino seguido cuando presuntamente se ha cometido un delito de "tráfico ilegal de inmigrantes" es el siguiente: Se inicia el procedimiento con el correspondiente atestado policial cuando las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado detectan la posible comisión del delito, siendo lo habitual que se proceda a la detención tanto de los presuntos culpables como de los inmigrantes indocumentados, los primeros por comisión de delito, los segundos por infracción a las normas de "extranjería".

Una vez finalizado el atestado se traslada al Juzgado de Instrucción de Guardia junto a los detenidos en su caso; en los Juzgados de Instrucción se inicia el



proceso penal con las declaraciones de los implicados y demás diligencias que sean necesarias y se decide sobre la situación personal de los inculcados. Si el Ministerio Fiscal estima que los hechos pueden constituir delito establecerá su acusación y los autos se remitirán a la Audiencia Provincial que es el órgano competente para el enjuiciamiento de los hechos y dictar sentencia.

**Objetivo general.-** A través del estudio de los ya referidos 73 casos que durante el año 2004 fueron recibidos en la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección de Algeciras, y que ya fueron juzgados y sentenciados, se observarán las decisiones y resoluciones de los Jueces, en relación al delito que ocupa nuestro objeto de estudio.

Se tendrán en cuenta las circunstancias más relevantes relacionadas con el proceso y con la situación personal del inculcado, pero sobre todo con especial referencia a las sentencias que han sido dictadas en todos estos casos por esa Sección de la Audiencia.

Finalmente, con la información obtenida se establecerán una serie de conclusiones.

**Situación personal del inculcado.-** Todos los inculcados de un posible delito son puestos a disposición del Juez que habrá de determinar sobre su situación: libertad o prisión. ¿Qué tipo de resolución se ha adoptado de forma general en estos casos, en el delito objeto de estudio, en esta zona?. La respuesta la vemos reflejada en el siguiente cuadro:

Prisión sin fianza	64	88%
Libertad con / sin fianza	9	12%
Total casos	73	100%

Por otra parte se ha observado que el tiempo medio de prisión preventiva entre la fecha de comisión de los hechos y la fecha del juicio se sitúa entre tres meses y medio y cuatro meses, aproximadamente entre 100 y 120 días.

En relación a las sentencias dictadas, su resultado, condenando o absolviendo, es el siguiente:

Condenatorias	72
Absolutorias	1
Total	73

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal permite que los acusados de un delito, como alternativa al correspondiente juicio muestren su conformidad con



la acusación. La “conformidad” del acusado ha sido importante en los juicios celebrados en la Audiencia –Sección de Algeciras- en este tipo de delitos.

Los datos se exponen a continuación:

Conformidad acusado/s	61	83 %
No conformidad	12	17 %
Total	73	100 %

Las penas impuestas en sentencia también merecen el correspondiente comentario. Para reflejar las penas impuestas se ha establecido la diferencia en, las penas hasta dos años de prisión y, las que superan ese tiempo- de más de dos años.

Esta división que hemos establecido se ha realizado teniendo en cuenta que hasta los dos años de prisión el Código Penal posibilita la aplicación de la “suspensión de la pena”, no siendo así cuando la pena supera ese tiempo.

En la práctica, según se ha comprobado en los casos estudiados, si el acusado presta su “conformidad” con la acusación el día del juicio, y la pena es de dos años o inferior, va a significar la concesión inmediata de los beneficios de la suspensión de condena y la puesta en libertad del condenado si estuviera en prisión.

#### **Penas impuestas**

Hasta 2 años prisión	52	71 %
Más 2 años prisión	21	29 %
Total	73	100 %

En las sentencias condenatorias, la pena más inferior impuesta ha sido la de un año de prisión y la más alta la de siete años y seis meses de prisión.

Y en un importante número de casos – 43 – se acordó en sentencia el comiso del medio utilizado para facilitar la entrada o el tránsito de los inmigrantes, normalmente el vehículo o la embarcación.

#### **Las sentencias dictadas.-**

Para entender la interpretación que de la ley, hace la Audiencia Provincial en relación al delito del artículo 318 bis del Código Penal, se exponen argumentos de alguna de las sentencias dictadas:

- Apreciación del “ánimo de lucro” ( artículo 318 bis 1.2.) en dos supuestos de alojamiento y ocultación en vivienda:



En la Sentencia 106/04 se dice: *“El acusado XX con conocimiento de que YYY era una ciudadana extranjera de nacionalidad marroquí sin la documentación requerida para residir en España, es decir, con pleno conocimiento de que se trataba de una inmigrante ilegal, le dio acogida y ocultó en la casa o domicilio en la calle BBB, donde vive con su compañera y todo ello a cambio de 30.000 pesetas.”*

La pena impuesta fue dos años de prisión.

En la Sentencia 303/04, que trata el caso de alrededor de 20 inmigrantes encontrados ocultos en una vivienda en Algeciras, se habla de la cantidad de 30 euros entregados por cada uno. En este caso la pena impuesta fue de cuatro años de prisión.

- En casos de introducción de inmigrantes por medio de vehículo la Audiencia se ha pronunciado de diferentes formas: apreciando el subtipo agravado de “peligro para la vida o la integridad física” (artículo 318 bis .3), en otros casos no se ha apreciado; apreciando el subtipo agravado de “ánimo de lucro” o cuando la “víctima sea menor”.

Así, se pueden mencionar párrafos de las sentencias siguientes:

En la Sentencia 455/04 no se aprecia ni el ánimo de lucro, ni el peligro para la vida, que el Ministerio Fiscal solicitaba; dice así:

*“En cuanto al riesgo para la vida, no se da en el caso de autos. Las declaraciones de los Policías que descubrieron al inmigrante oculto en los bajos del autobús, manifestaron en el plenario que venía con mantas y botellas de agua, para paliar una posible deshidratación. No corría riesgo alguno la vida de dicho individuo, que si bien es cierto que podría viajar con cierta incomodidad, en cambio no corría peligro su integridad física, al tener mantas para protegerse contra el frío y agua para eludir una posible deshidratación”.*

*“En cuanto al ánimo de lucro, no ha quedado probado que los acusados introdujeran al ciudadano extranjero en el habitáculo, con intención de introducirlo en territorio nacional, cobrando a cambio una cierta cantidad de dinero. Los indicios que podrían dar lugar a tal hecho no aseveran, en modo alguno, la existencia de ánimo de lucro. De un lado, la incautación de las cantidades de dinero a los acusados, en cantidad no excesivamente importante para dos personas que iban a hacer viaje al extranjero conduciendo un autobús, es lógico que lleven consigo es cantidad; de otro lado, la declaración prestada por el ciudadano marroquí AAA donde manifiesta que pagó 5.000 euros a los acusados para que le introdujeran en nuestro país no ha de dársele validez, al no haber comparecido al acto del juicio ni haberse dado lectura a su declaración en el plenario”.*

Tampoco se apreció el subtipo agravado de grave riesgo para la vida o la salud en la Sentencia 403/04; en la que se dice: *“La aplicación de dicho subtipo agravado requiere la existencia de un peligro concreto para esos bienes jurídicos. Pues bien, no se entiende de aplicación en autos el subtipo agravado pues no se ha apreciado ningún riesgo para la vida del ciudadano A.O. En este sentido la declaración prestada por el testigo guardia civil pone de relieve que al abrir el compartimento donde se hallaba escondido, lo encontró sudando, circunstancia normal por el pequeño espacio del habitáculo donde iba escondido, pero el ciudadano extranjero presentaba buen estado y no se apreciaba falta de aire para respirar”.*

Sí se apreció el tipo agravado de “peligro para la vida” del nº 3 del artículo 318 bis en la Sentencia 105/04, en la que se dice: *“así el hecho de*





*encontrarse en el interior del motor del vehículo, a elevada temperatura por el motor en funcionamiento y la inhalación de gases tóxicos, es evidente que se puso en peligro la vida de la persona que allí y en esas condiciones viajaba, y que de haber continuado el viaje corría serio peligro su vida”.*

Se apreció el subtipo agravado de la “víctima menor de edad” en la Sentencia 335/04 que, siendo de conformidad, se relata como hechos probados: *“El acusado fue detenido conduciendo un vehículo en el cual había introducido a los súbditos marroquíes AA, BB, CC, DD, EE, FF, GG, HH, y II, siendo estos últimos menores de edad. Estas personas carecían de cualquier documentación que permitiera su entrada o permanencia en España, dato perfectamente conocido por el acusado que, pese a ello, les conducía a un punto no concretado del territorio nacional favoreciendo así su estancia ilícita en España”.*

En casi la totalidad de sentencias dictadas, cuando se ha tratado de embarcaciones, se ha apreciado la agravación de “peligro para la vida, la salud o la integridad física” del número 3 del artículo 318 bis. Se pueden citar, a modo de ejemplo las siguientes:

La Sentencia 448/04, en la que se dice en los hechos probados, ya que fue de “conformidad”: *“Los acusados fueron sorprendidos cuando pilotaban una embarcación neumática carente de todo elemento de seguridad como chalecos salvavidas y luces. Llevaban a bordo a nueve personas de nacionalidad marroquí carentes de documentación”.*

En la Sentencia 309/04 se dice: *“Los acusados fueron sorprendidos cuando pilotaban una embarcación neumática carente de todo elemento de seguridad como chalecos salvavidas y luces. Llevaban a bordo a nueve personas de nacionalidad marroquí carentes de documentación”.*

En la Sentencia 242/04 se aprecian como agravaciones el ánimo de lucro, el peligro para la vida y la presencia de menores como víctimas, al tratarse de un caso donde en una embarcación de 6,5 metros de eslora, por 2 de manga, sin chalecos salvavidas, sin bengalas, con mal tiempo por el viento existente, se hacinaban treinta mayores de edad y veinte menores de edad, más los dos tripulantes.

En estas y otras Sentencias se tiene casi siempre en cuenta para apreciar la agravación del peligro para la vida los siguientes elementos: a) la falta de medios y medidas de seguridad en las embarcaciones, b) la peligrosidad natural de la travesía del Estrecho, agravada por el posible mal tiempo, c) el número de inmigrantes que se encuentran a bordo y d) las dimensiones y condiciones de la embarcación.

Por otra parte, se ha observado que la regla general ha sido no estimar ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal (atenuantes o agravantes); solo en un caso se ha estimado la circunstancia atenuante de “parentesco”, en un caso en el que el acusado llevaba en su vehículo a dos mujeres que resultaron ser familiares de aquel.

En relación al número 6 del artículo 318 bis hay que señalar que se ha apreciado en gran número de casos; en aquellos en los cuales la condena no superó los dos años de prisión siempre se apreció, y por regla general en sentencias con conformidad del acusado. Y dado que se trata de casos de conformidad no se especifican los motivos de la aplicación de esa disposición legal.



Sólo en dos sentencias se ha encontrado motivación para aplicar el ya citado nº 6 del ya reiterado artículo 318 bis; en una de ellas, la Sentencia 103/04 se dice: *“Quien con la obtención del dinero de las personas que transportaba pensaba paliar su precaria situación económica”*. Y en otra Sentencia se dice *“Que, teniendo en cuenta la declaración de Mohamed, en el sentido de no haber abonado cantidad alguna al acusado, las circunstancias personales de éste, que hacen pensar a la Sala que, lo hiciera solo por ayudar a salir de Marruecos a Mohamed, entiende es de aplicación el apartado 6º del artículo citado”*.

### CONCLUSIONES

- La regla general es la detención y puesta a disposición del Juez de los presuntos implicados.
- La regla general es la devolución casi inmediata de los inmigrantes, víctimas del delito.
- Generalmente se dicta medida de prisión sin fianza del inculcado en estos delitos.
- Aunque se decrete la libertad, por aplicación de la suspensión de la condena, en más del 70 % de los casos supone una estancia mínima en prisión de entre 100-120 días.
- En estos procesos penales se observa una administración de justicia ser ágil y rápida.
- La sentencia condenatoria es la regla general. Solo se dictó una sentencia absolutoria.
- Todos los condenados a penas de mas de dos años de prisión, casi el 30 % de los casos, cumple su condena.
- No se han contemplado, en ninguno de los casos enjuiciados, los subtipos agravados nº 4 y nº 5 del artículo 318 bis, cuando el sujeto activo sea funcionario o autoridad, en el primer caso, o cuando el culpable perteneciere a organización que se dedicare a estas actividades. Lo cual parece que se hace un poco difícil hablar de esas “mafias tan organizadas” o al menos que todavía no han podido ser desmanteladas y sus integrantes detenidos.
- Tampoco se ha aplicado la agravación del número 2 cuando el tráfico de personas sea con fines de explotación sexual

### **CONCLUSIÓN FINAL:**

Difícil se hace establecer una conclusión final. A lo complejo que es el fenómeno migratorio en general, se añaden las respuestas de tan variada índole que se vienen dando. Hemos tratado de estudiar, de analizar, la respuesta que, desde la ley, desde las normas penales, se está dando a la inmigración, o más bien a una dimensión de la inmigración: al llamado “tráfico ilícito de inmigrantes”.

No es un delito común, es un delito que, como se ha visto tiene muchas peculiaridades. El propio hecho en sí: la inmigración, y sus protagonistas hacen que sea algo diferente a otros delitos.

En cuanto al sujeto activo; efectivamente hay personas que se aprovechan, que se lucran de la situación, y deben ser castigados; son claramente culpables del delito. Pero, también son muchos los casos en los que motivos de amistad, vínculos familiares, o simple “humanidad” provocan actuaciones con el



único fin de introducir a una persona en un país para mejorar su vida; sin embargo: han cometido un delito y son condenados; dándose la circunstancia que los inculpados en el delito de alguna forma se convierten en víctimas del mismo delito.

¿Y las víctimas de este delito?. Lo habitual es que se proteja a las víctimas de cualquier delito. En este caso, dado que a las víctimas de este delito: los inmigrantes indocumentados, se le considera, a su vez infractores de normas administrativas, en cumplimiento de esa "sanción tan inmediata" son devueltos a su país de origen rápidamente.

Son las paradojas de ese delito en el que se entremezclan intereses puramente humanitarios con los intereses económicos de individuos y organizaciones.

### **BIBLIOGRAFIA:**

- Causas Penales (73) de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección de Algeciras.
- LOPEZ CERVILLA, J.M.: "Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal".
- GARCIA CALDERON, J.M.: "Extranjería y criminalidad".
- SANCHEZ GARCIA DE PAZ, I.: "La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros". Diario "La Ley" de 17 de mayo 2005.
- DE OÑA NAVARRO, J.M.: "El extranjero víctima de explotación y discriminación" Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia 2003.
- LEON VILLALBA, F.J.: "Tráfico de personas e inmigración ilegal"