

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS REFUGIADOS: NUEVOS DESAFÍOS PARA EL DERECHO PENAL

PROTECTION OF REFUGEES' RIGHTS: NEW CHALLENGES FOR CRIMINAL LAW

Mercedes Uceda Yela
Profesora Visitante de Derecho Penal y Criminología
Universidad Rey Juan Carlos (España)

Fecha de recepción: 23 de septiembre de 2020.

Fecha de aceptación: 24 de noviembre de 2020.

RESUMEN

En los últimos años se han producido desplazamientos masivos de población y el aumento del número de llegadas de personas a la Unión Europea en búsqueda de asilo y refugio, poniendo de manifiesto la necesidad de ofrecer una respuesta eficiente a las crisis humanitarias.

En la actualidad, respecto a la elaboración de las políticas migratorias existen dos posiciones antagónicas, parte de ciertos sectores apuesta por la abolición de las restricciones de acceso a la UE en caso de asilo o refugio mientras que una parte mayoritaria, apuesta por un control absoluto de fronteras junto al cierre hermético de las mismas.

Existe una interconexión entre el fenómeno del refugio, la elaboración de políticas migratorias y la intervención del Derecho Penal con la tipificación de ciertas conductas como el artículo 318 CP; que es preciso analizar y estudiar las consecuencias respecto a la vulneración de la protección de los derechos de los refugiados.

ABSTRACT

Recent years have seen massive population movements and an increase in the number of people arriving in the European Union in search of asylum and refuge, highlighting the need for an efficient response to humanitarian crises.

At present, with respect to the development of migration policies, there are two antagonistic positions: parts of certain sectors are in favour of the abolition of restrictions on access to the EU in the case of asylum or refuge, while the majority are in favour of absolute control of the borders and their hermetic sealing.

There is an interconnection between the phenomenon of refuge, the development of migration policies and the intervention of criminal law with the criminalisation of certain conducts such as article 318 of the Criminal Code; it is necessary to analyse and study the consequences of the violation of the protection of the rights of refugees.

PALABRAS CLAVE

Refugio, derechos humanos, inmigración clandestina, políticas migratorias, derecho penal.

KEYWORDS

Refugees, human rights, clandestine immigration, migration policy, criminal law.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS Y LA INSTITUCIÓN DE REFUGIO. 2.1. El derecho al refugio. 2.2. 2.2. La interconexión de las políticas migratorias y el derecho al refugio. 2.3 Políticas migratorias, refugio y Derecho Penal. **3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.**

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. MIGRATION POLICIES AND THE INSTITUTION OF REFUGE 2.1. Refuge right. 2.2. The interconnection of migration policies and the right of refuge. 2.3 Migration policies, refuge and criminal law. **3. CONCLUSIONS. 4. BIBLIOGRAPHY.**

1. INTRODUCCIÓN.

En los últimos tiempos se han producido movimientos masivos de población, llegando numerosas personas a la Unión Europea desde las crisis humanitarias de los años 2015 y 2016, con el objetivo de solicitar refugio en algún Estado miembro de la Unión Europea. Ante la llegada masiva de personas solicitantes de protección internacional, a las fronteras exteriores de la UE, se producen numerosos incumplimientos respecto a la normativa de asilo y refugio poniendo de manifiesto la vulneración en la protección de los refugiados en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Las políticas en materia de asilo y refugio deben de adaptarse a las necesidades y derechos más esenciales de los individuos. La crisis migratoria junto a la sanitaria ha puesto en primera línea aún más en nuestros días, el problema del asilo y refugio, produciéndose vulneraciones continuas de derechos humanos.

Dentro de Europa, en la actualidad existen dos posiciones antagónicas, parte de ciertos sectores apuesta por la abolición de las fronteras, mientras que otra parte mayoritaria, apuesta por un control absoluto de fronteras junto al cierre hermético de las mismas. El nuevo Pacto para la Inmigración y Asilo de la Unión Europea recientemente publicado está enfocado a una mayor protección desde el punto de vista interdisciplinar. Uno de los pilares del mismo es la prevención de los actos no humanitarios, a través del tipo penal del tráfico ilícito de migrantes tipificando aquellas conductas para la lucha contra el tráfico de personas y también medidas contra la trata de seres humanos.

Por una parte, desde la política criminal, la elaboración de la normativa referente a la inmigración es discontinua en el tiempo y depende de las tendencias políticas y sociales que se aplican en un Estado en un momento determinado. Tradicionalmente las políticas en materia de inmigración y refugio siguen dos corrientes contrapuestas; la apertura permisiva de fronteras a las personas que acceden a un determinado territorio o bien el cierre restrictivo, incluso identificando y criminalizando la figura del extranjero. Los acuerdos con terceros países tampoco favorecen ni cumplen los principios dispuestos en la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 ni el CEDH, que amplía la protección en materia de derechos humanos para los refugiados.

En segundo lugar, el uso del Derecho Penal como herramienta en relación a la inmigración ha sido significativo en los últimos tiempos siendo junto a las políticas migratorias, una forma de regular el acceso a nuestro país. En España, se ha partido de una inicial política migratoria consistente en la expulsión del inmigrante y a nivel penal basada con la tipificación de conductas de favorecimiento de la inmigración clandestina, como estipula nuestro artículo 318 CP. Fundamentalmente dos son los tipos penales asociados a los desplazamientos masivos y acceso a la entrada de forma irregular en España, por una parte el tráfico ilícito de migrantes regulado en el 318 bis CP y la trata de seres humanos del artículo 177 bis CP. Será necesario el estudio de dichas conductas típicas y un análisis de las deficiencias en materia de protección jurídica que podemos encontrar así como, su relación con la redes de tráfico de personas.

Como tercer pilar, las crisis humanitarias y la llegada de personas a las fronteras de la UE pidiendo asilo han aumentado. La situación en Lesbos, es uno de los ejemplos desde los que se pide una mayor responsabilidad y se alude a un principio de solidaridad entre los Estados miembros para la protección de las personas. El sistema europeo en materia de asilo y refugio pone en entredicho las deficiencias del sistema y apuesta por la necesidad de un marco interdisciplinar para garantizar los procedimientos y la prevención que proporcione una verdadera seguridad jurídica.

Por todas estas razones, será necesario un análisis interdisciplinar de la protección de los solicitantes de protección internacional y la vinculación inevitable del fenómeno de la trata de seres humanos y la inmigración, no limitándonos a

realizar una aportación meramente descriptiva sino una evaluación a través del empleo de la metodología exploratoria de carácter documental que nos permita llegar a detectar deficiencias e incluso aportar propuestas de mejora en la protección penal de los derechos humanos de los refugiados.

2. LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS Y LA INSTITUCIÓN DE REFUGIO.

Las llegadas a la UE de personas en búsqueda de asilo y refugio siguen produciéndose y las políticas migratorias han pasado a ser un tema bastante importante en la agenda política en los últimos tiempos. Sirven como uno de los mecanismos para regular y controlar la entrada de personas en un Estado determinado, dentro de este apartado nos referiremos al concepto y naturaleza del derecho al refugio distinguiéndolo de otras figuras afines, como el asilo o el inmigrante económico.

Es preciso señalar que a través de las políticas migratorias, los Estados deciden quien sí y quien no, entra en su territorio acorde al respeto del principio de soberanía y las personas pueden en base a las leyes estatales adquirir la nacionalidad. Por ello, es importante su estudio y la vinculación del fenómeno del refugio con las particularidades concretas propia de esta situación especial, ya que en estos supuestos no nos referimos a personas que desean emigrar a un país determinado en búsqueda de un futuro mejor, si no cuando los derechos humanos de la persona están en peligro inminente.

2.1 El derecho al refugio

Tras la II Guerra Mundial y ante los éxodos masivos de población que se habían producido, se crea la institución del refugio con la finalidad de crear un sistema de garantías que proteja los derechos de las personas que no pueden volver a su país de origen y se encuentran en situación de peligro. Los pilares de la normativa internacional en materia de refugio son la Convención del Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967. En dicha Convención se alude a la necesidad de establecer sistemas de garantía y protección a las personas que se vean obligadas a abandonar su país cuando corra peligro su vida por una serie de motivos tasados y concretos. Como sabemos, existen particularidades significativas entre el asilo y el refugio, son dos instituciones con diferencias jurídicas pero en la práctica, complementarias entre sí, incluso utilizadas como sinónimos en ocasiones en las legislaciones nacionales.

En concreto, el concepto de refugiado se establece a nivel internacional con carácter general en el artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951:

“...debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

Según determina la Convención de Ginebra de 1951 para ser refugiado, la persona debe encontrarse fuera del país de su nacionalidad o residencia sin poder o querer volver a consecuencia de la existencia de un peligro. Deben existir fundados temores de ser perseguidos y el peligro tiene que ser real y concreto, ya sea por “motivos de raza, religión, nacionalidad o pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas”. De igual forma la expresión “pertenencia a un determinado grupo social” en la Convención no aludía a motivos concretos por lo que ha debido de interpretarse en la evolución de la normativa de refugio¹. Por este motivo, dentro del concepto de pertenencia a un grupo social se han incluido el otorgamiento de la condición de refugiado por motivos de mutilación genital femenina, violencia de género, trata de personas o incluso orientación sexual siempre que estas causas supongan un peligro para la vida o la integridad física de los individuos.

Dentro de dicha Convención, también se encuentra el denominado principio de non refoulement en su artículo 33, constituyendo un derecho individual subjetivo y definido como una norma ius cogens, de obligado cumplimiento. La institución del refugio se crea desde los organismos internacionales con carácter humanitario con la finalidad de la creación de un sistema de protección hacia los individuos que no puedan o no quieran volver a su país de origen, cuando ocurran ciertos motivos tasados que puedan poner en riesgo su vida, seguridad o integridad física.

Respecto al derecho de asilo recordamos que sigue considerándose como concepto genérico, no existe instrumento internacional que llegue a definir de forma unitaria el asilo en el Derecho Internacional, pero si reconociendo una obligación negativa, en el sentido de que los Estados no pueden impedir que las personas lo busquen, solicitando una demanda de asilo².

Así lo dispone el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por motivos humanitarios el derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, no a obtenerlo, constituyendo una obligación negativa de no impedir al individuo solicitarlo:

“En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”³.

Por ello, el derecho de asilo tiene como finalidad garantizar “la protección de un Estado a personas no nacionales y cuya vida corre peligro”⁴ por causas tasadas y concretas y el Estado de procedencia no puede o bien no desea brindarles protección ante dichas amenazas o persecuciones.

Ante dicha situación de equiparación de los términos de refugio y asilo en las legislaciones nacionales, puede ser una posible solución más efectiva y viable mucho más que un intento de regulación a nivel internacional sobre el asilo. Por este motivo,

¹ FELLER, Erika; TURK, Volker; NICHOLSON, Frances (ed.). *La protección de los refugiados en el derecho Internacional: Consultas Globales del ACNUR sobre Protección Internacional*. Icaria, 2010, pp. 80-85.

² ARRIBAS FERNÁNDEZ, Gloria. *Asilo y refugio en la Unión Europea*. Comares, 2007, p.5.

³ ONU, Declaración Universal de Derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948, art.14. [En línea 02/12/2020]. Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

⁴ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid, Tecnos, 2007, p.504-510.

en mi opinión debería apostarse por una unificación de términos algo que en la práctica ya hace nuestra Ley 12/2009 en términos de protección internacional, en este sentido, es especialmente relevante el artículo 2:

“El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967.”

El debate histórico surge valorando el derecho de asilo como un derecho de los Estados o bien como un derecho de los individuos. Si consideramos el derecho de asilo como un poder discrecional, facultando a los Estados para otorgarlo, permitiendo la entrada de no nacionales extranjeros, no sería apreciable una obligatoriedad del Estado para conceder dicha protección. La idea tradicional del derecho de asilo como un derecho de los Estados, debe ser superada, enfocándonos en la finalidad de la protección de la persona cuya integridad, vida y seguridad corre peligro por lo que debe llegar a considerarse como un derecho del individuo.

2.2. La interconexión de las políticas migratorias y el derecho al refugio

En los últimos tiempos, el desarrollo de las comunicaciones, transportes y en sí el fenómeno de la globalización son algunos de los factores principales que han incidido en los movimientos migratorios. La movilidad geográfica es entendida como un fenómeno diversificado comprendiendo la migración nacional, internacional, el desplazamiento de los refugiados o también el éxodo rural. Para caracterizar una migración es necesario determinar su clasificación, atendiendo a la distancia recorrida por parte del individuo y la duración de la misma⁵. Toda migración y toda crisis humanitaria, es originada por una serie de cambios sociales, políticos o económicos. Es necesario comprender como punto de partida que las migraciones, en muchas ocasiones son una necesidad para los individuos; las violaciones de derechos humanos, los riesgos para la vida o la seguridad de las personas, la ausencia de libertades, el hambre, la pobreza y la enfermedad hacen que sean la única opción de supervivencia de las personas.

También es preciso mencionar, a efectos jurídicos, que no es lo mismo el inmigrante económico, comprendiendo aquellas personas que buscan una oportunidad laboral o un futuro mejor que el refugiado. La diferencia incide a nivel de regulación de políticas migratorias y en el régimen aplicable, el refugiado mantiene los requisitos de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados mientras que el inmigrante económico debe atenerse a lo dispuesto de permisos de entrada, salida, visados y requisitos para la obtención de la nacionalidad según lo dispuesto en las leyes de extranjería.

Las políticas de inmigración inciden y regulan numerosos asuntos estatales, vinculadas la mayor parte del tiempo en asuntos económicos, como el mercado

⁵ ABU-WARDA, Najib. “Las migraciones internacionales”. *Revista de Ciencias de las Religiones*, 2008, p. 33-50. [En línea 02/12/2020]. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/ILUR/article/view/ILUR0707550033>

laboral, inversiones y en sí, la economía de un país, estando además interconectadas con el fenómeno de la inmigración y en concreto como hemos visto, el asilo y el refugio. En este sentido, a los inmigrantes irregulares se les abre la posibilidad de no serlo cuando el Estado, o mejor dicho el mercado de trabajo, les necesita cubriendo una demanda de mano de obra, muchas veces sumergida. Llegando a lo que se denomina condiciones de esclavitud laboral; sueldos y trabajos precarios, inexistencia de estabilidad económica, largas jornadas e incluso vulnerando las condiciones de seguridad e higiene y derechos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores⁶. La globalización en sí, también ha provocado una serie de consecuencias o factores negativos, nos referimos a la creación de sistemas o estructuras duales, riqueza-pobreza, países desarrollados-en vías de desarrollo; que se traducen en último término en la creación de desigualdad y barreras a la integración desde los países desarrollados a los menos desarrollados.

Las tendencias socio-políticas en cuanto a la inmigración, se han posicionado tradicionalmente en dos extremos antagónicos, políticas que apuestan por un cierre hermético de fronteras frente a aquellas que apuestan por su abolición⁷ en ocasiones y tienden a ir de la mano con las oportunidades del mercado laboral del Estado en determinados momentos temporales. Esto es lo que se conoce como inmigración selectiva, si existe demanda de puestos de trabajo vacantes o en otras palabras, necesidad de mano de obra, las políticas de inmigración facilitarán entonces el acceso para cubrir dichos trabajos y, lo mismo ocurre viceversa. Las políticas restrictivas o de cierre de fronteras además tienen una incidencia en el aumento de inmigración irregular, incremento de la comisión de tipos penales como el tráfico ilegal de migrantes y la trata de seres humanos.

Los Estados se encuentran involucrados e interconectados en el fenómeno de las migraciones e interrelacionados entre sí, ya sea como países de origen, tránsito o de destino⁸ y es por tanto un asunto de interés regularlo a través de las políticas de inmigración. Las políticas migratorias son un mecanismo para los mismos de regulación de entrada o salida de un país; siendo en auge en los últimos tiempos aquellas que apuestan por un control total de las fronteras externas de la UE y un blindaje de las mismas. El concepto de frontera tal y como lo conocemos ha evolucionado, contraponiéndose a la idea de la globalización y sociedad multicultural, siguiendo la opinión de DE LUCAS, no puede ser considerado como “equivalente a la de muro defensivo o de contacto” si no establecerse como “una zona de contacto, de intercambio, negociación y de mezcla tanto cultural y social como económica y política”⁹.

⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal: Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de integración social de los extranjeros*. Comares, 2004, pp.4-5.

⁷ DE LUCAS, Javier; NAÏR, Sami. *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant Humanidades, 2015, p.35.

⁸ ABU-WARDA, Najib. “Las migraciones internacionales”. *Revista de Ciencias de las Religiones*, 2008, p. 33-50. [En línea 02/12/2020]. Disponible en:

<https://revistas.ucm.es/index.php/ILUR/article/view/ILUR0707550033>

⁹ DE LUCAS, Javier; NAÏR, Sami. *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant Humanidades, 2015, pp.2-5.

Las políticas migratorias, dejan de lado en la mayoría de ocasiones los derechos humanos, centrándose en el aspecto económico, si son necesarios puestos de mano de obra barata para flexibilizar o cerrar fronteras en caso contrario. También el aspecto económico se une a la criminalidad de las conductas relativas a favorecer la inmigración clandestina, los “peajes costosos” que deben de pagar los inmigrantes para que las mafias clandestinas les transporten a territorio europeo, se traduce en grandes cantidades de dinero.

En concreto, a pesar de promover las sociedades multiculturales existen tanto políticas migratorias restrictivas como barreras a la integración dentro de los Estados. El multiculturalismo contribuye de forma positiva al desarrollo de una sociedad, la diversidad cultural de los ciudadanos es considerada como una ventaja más que un peligro¹⁰. Generalmente, respecto a las reacciones xenófobas se intentan justificar en la amenaza que el multiculturalismo supone para el ciudadano nacional, pero dicho argumento en términos prácticos por motivos económicos alude a un doble criterio ético. En realidad siendo críticos no reaccionamos en contra del ciudadano extranjero que viene a invertir a nuestro país, a consumir o a proporcionar puestos de trabajo, se producen manifestaciones xenófobas en contra del inmigrante sin recursos. Es por tanto que es innegable que lo que “molesta” a ciertos grupos sociales es el ciudadano extranjero sin recursos o en último término la pobreza. Y respecto al rechazo al refugiado, obviamente entra dentro de estos cánones cuestionables éticamente por su propia concepción, al ser el individuo que abandona por fundados temores para su vida ya sea fruto de conflictos bélicos, políticos u otros.

Si todas las identidades culturales son consideradas iguales, podemos llegar a plantearnos lo siguiente: ¿promover una serie de medidas a favor de minorías étnicas o hacia los refugiados no lesiona la igualdad del resto de la sociedad? Las medidas de ayuda orientadas para promover la integración de las minorías y evitar el aislamiento de las mismas, no lesionan la igualdad de las identidades culturales. En este sentido son mecanismos de discriminación positiva como medio para conseguir una igualdad real y efectiva de todos los individuos, sin que llegue a producirse un quebrantamiento del principio de igualdad.

Pero también, hacia otro de los factores políticos criminales relevantes respecto las políticas restrictivas, es la criminalización del inmigrante, fomentando algunas de las tendencias sociales y políticas de los últimos tiempos y un discurso de odio contra el ciudadano extranjero. En este discurso del odio, vemos como por desgracia las barreras para la integración y el multiculturalismo son las conductas xenófobas, las reacciones discriminatorias o de rechazo, el aumento de los nacionalismos y los partidos políticos que apuestan por la xenofobia y la intolerancia¹¹. Si volvemos al debate anterior, podemos volver a cuestionarnos si criminalizamos al

¹⁰ BEINER, Ronald. Liberalismo, nacionalismo, ciudadanía: tres modelos de comunidad política. 1997, pp. 1-4. [En línea 02/12/2020]. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-11.pdf>

http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-1997-10-1000/liberalismo_nacionalismo.pdf

¹¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal. *Revista electrónica deficiencia penal y criminología*, 2016, vol. 18, p. 1-7. [En línea 02/12/2020]. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-11.pdf>

inmigrante o a la pobreza. ¿Qué es realmente lo que nos molesta? Existe por tanto, una conexión inevitable de la criminalización del extranjero con la aporofobia

Además, ¿dónde queda ese concepto modélico de ciudadanía universal que queremos implantar con el fomento de las sociedades multiculturales. En sí, la ciudadanía universal estaría construida por diferentes identidades culturales, separando la teoría de la identidad nacional y apostando por un concepto de ciudadanía social. Dejando atrás nacionalismos y formando un nuevo concepto de ciudadanos que ya no se llegarían a identificar con un determinado estado, en cambio sí a unos derechos humanos que es lo verdaderamente importante. Esta vinculación de ciudadanía universal con los derechos humanos, puede ser la clave para la integración y desarrollo de un nuevo concepto de ciudadanía universal, dejando de lado fronteras, desigualdades y la economía.

En la práctica, las dificultades son máximas y los intereses de los Estados contrapuestos; ¿si los derechos humanos son de alcance universal, por qué no la construcción de un concepto de ciudadano universal? Sin embargo como versión crítica a esta cuestión, si ya se ha puesto de manifiesto las deficiencias y desigualdades de los ciudadanos de la UE, especialmente en los últimos momentos de crisis sanitaria, ¿cómo llegar al reto de concebir a los derechos del individuo como ciudadano universal por encima de las identidades nacionales? Es un verdadero desafío, por la complejidad del sistema político, cesiones del principio de soberanía de los Estados en pro de una ciudadanía universal y también limitado por la economía. Este nuevo concepto de ciudadanía, deja atrás el nacionalismo tradicional con la idea de Estado-nación de Habermas y va más allá del multiculturalismo.

2.3 Políticas migratorias, refugio y Derecho Penal

Nuestra Constitución hace referencia al fenómeno de la inmigración, reconociendo en primer lugar en el artículo 13.1 CE: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.” Este artículo situado en el capítulo primero “De los españoles y extranjeros” se garantiza el denominado “Título I: de los derechos y deberes fundamentales”.

Además, esta garantía respecto a los extranjeros debe ser completada por el principio de igualdad y no discriminación recogido en el artículo 14 CE, el cual dispone: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En este contexto la inmigración ilegal es un fenómeno de actualidad y nuestro Código Penal ha tipificado conductas basadas en facilitar la entrada o el tránsito de inmigrantes y será castigado especialmente y de forma más grave, la presencia del ánimo de lucro en estas actuaciones. Es por ello que la intervención del derecho penal queda centrada en castigar aquellas conductas realizadas por un tercero o un grupo que favorezcan de forma generalizada la inmigración ilegal; entendida como aquella que no reúne los requisitos legales de entrada o que se encuentra al margen de la misma. En un primer momento, la LO 4/2000 de 11 de enero introdujo en el Código

Penal un nuevo título denominado Título XV bis del Libro II sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social con un nuevo artículo denominado 318 bis. Unos años más tarde, se produce la reforma de la LO 1/2015 por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal y se amplía y transforma la protección del artículo 318 bis CP.

Es importante destacar que el artículo 318 bis CP se encuentra en consonancia a lo establecido en la Directiva 2002/90/CE de 28 de noviembre de 2002 del Consejo de Europa destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular. Los objetivos de la Unión Europea se encuentran orientados a crear un espacio de libertad, seguridad y justicia en la lucha contra la inmigración clandestina. Así, se establece una tipificación por parte de los Estados miembros de las conductas intencionadas de un tercero para favorecer la entrada o tránsito de forma general de una persona no nacional de cualquier Estado miembro de la Unión Europea; así como prestar ayuda con ánimo de lucro para la permanencia en dicho Estado contraviniendo la legislación de extranjería. Respecto a las formas de intervención y ejecución de dichas conductas relativas a la inmigración clandestina, la Directiva recoge las formas de incitación o instigación, participación o complicidad y la tentativa.

El artículo 318 bis CP, tiene unas características esenciales destacando que nos encontramos ante un delito de mera actividad, cuya conducta típica se agota en la ayuda a la entrada o tránsito a una persona no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea. El bien jurídico además de los derechos de los ciudadanos extranjeros tal y como recoge el Título XV bis, es objeto de protección, el control de los flujos migratorios potestad del Estado; por lo que nos encontramos ante un ilícito penal de carácter pluriofensivo. El sujeto pasivo tiene que ser un no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, es decir extracomunitario, mientras que el sujeto activo puede ser cualquier persona física o incluso jurídica. En dicho artículo, podemos destacar que prevalece la defensa de los intereses del estado a controlar los flujos migratorios, y no como medio de tutela de los derechos de los ciudadanos extranjeros¹².

En la redacción anterior del artículo el Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal en la Sentencia nº302/2007 trataba la diferenciación de dos términos jurídicos diferenciados como el tráfico ilegal y la inmigración clandestina. Según dicha sentencia, el concepto de tráfico comprende el tránsito, comercio y aprovechamiento de cualquier clase mientras que la inmigración clandestina se basaba en la evitación de los controles de los requisitos legales de entrada.

Observamos que el Código Penal tipifica la conducta del sujeto activo en dos modalidades basada bien en la ayuda a la entrada en territorio español o bien en facilitar el tránsito; simplificándola en relación a lo establecido en la redacción anterior del artículo 318 bis. Establece el propio artículo de forma específica “de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros” haciendo referencia al cruce de fronteras al margen de los requisitos legales de entrada. Las leyes de

¹² TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Reflexiones y propuestas sobre inmigración. *InDret*, 2010, no 1, pp.1-4. [En línea 02/12/2020]. Disponible en:

<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/225332>

extranjería establecen que la entrada a territorio español debe hacerse por un puesto habilitado al efecto y con los documentos acreditativos de la identidad del sujeto.

Igualmente requiere que dicha conducta sea realizada de forma inequívocamente intencionada, es decir, no es posible penar esta conducta cuando se facilite a entrar en territorio español de forma accidental sin que el sujeto sea consciente; por lo que no cabe la versión imprudente de este tipo penal. Así mismo, el Código Penal excluye la punibilidad de este tipo penal cuando el sujeto facilite la entrada o el tránsito a territorio español por razones de ayuda humanitaria. En este sentido por razones político criminales no será punible esta conducta típica cuando se facilite la entrada para ayudar en situaciones de riesgo para la salud o la vida con fines humanitarios. El concepto de ayuda humanitaria debe ser interpretado conforme al amparo del derecho internacional, entendiendo como tal la prestada en situaciones de emergencia o catástrofe natural en la que peligre la vida o la salud de las personas.

En cuanto a los elementos subjetivos es necesario y se exige la presencia de dolo como requisito esencial, apreciándose el elemento volitivo y el cognoscitivo, el tipo penal como mencionábamos no admite versión imprudente. En este mismo tipo base se establece que dichos actos cometidos con la presencia de ánimo de lucro comportarán la imposición de la pena en su mitad superior por el mayor desvalor del resultado. Si la conducta es realizada por una organización dedicada a estas actividades deberá aplicarse el tipo cualificado con la agravación correspondiente del artículo 318.3 bis. También se establecerá un subtipo agravado del 318.2 bis CP respecto a favorecer la permanencia dentro del territorio español de un no nacional de los Estados miembros de la Unión Europea siempre que la conducta sea realizada con ánimo de lucro, dedicado a combatir las organizaciones criminales que se lucran con dichas actividades; seguidamente en el mismo artículo determinará una serie de agravaciones, en el 318.4 y 5 bis CP, junto a penas accesorias como la inhabilitación, multa en caso de responsabilidad de la persona jurídica y otras. En último término el apartado sexto establece la posibilidad de atenuación de la pena atendiendo a la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida; debiendo ser apreciado por los tribunales y resultando en dicho caso la pena inferior en grado.

Como vemos el fundamento de la existencia de los tipos cualificados se basa en la actual existencia de numerosas redes u organizaciones criminales que facilitan la entrada ilícita de no nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, lucrándose con dicha actividad, a nuestro país a través de diferentes modus operandi, por ejemplo, con ayuda de embarcaciones.

El uso del Derecho Penal en el control de las fronteras y como mecanismo suplementario a las políticas migratorias existentes ha sido duramente criticado. Como aspectos propios, debemos entender que en los últimos años se ha evolucionado en la comisión de tipos penales, a través de una delincuencia internacional organizada que requiere de una respuesta transnacional más allá de las legislaciones nacionales, para hacer frente al fenómeno internacional de tipos penales complejos como el 318 bis CP y otros fenómenos relacionados con la inmigración, como la trata de seres humanos. La relación entre la inmigración y la trata es clara, las redes y organizaciones criminales captan a las personas por distintas causas pero con una finalidad común de

explotación. Con la cooperación internacional se puede llegar a dar una respuesta eficaz real que además en último término evite la impunidad de las organizaciones criminales en dichas conductas típicas.

El Derecho Penal como sabemos, a través del principio de *última ratio*, está para dar respuesta a las conductas más graves sin llegar a caer en el error y peligro de una intervención penal desmesurada. Algunos autores como DUARTE CUNHA señalan el peligro del uso del Derecho Penal como supresión de todo riesgo en aras de obtener una seguridad total¹³. En los fenómenos migratorios, especialmente tras los atentados del 11S, algunas tendencias políticas han llegado a criminalizar la figura del refugiado, identificando de forma totalmente equívoca, al refugiado con sujetos vinculados a actividades terroristas, creando una sensación de miedo ante la inmigración y promulgando un cierre y control de fronteras junto al rechazo de los refugiado en aras de una seguridad total de la población.

Y es ahí donde precisamente reside el riesgo, el rechazo de los refugiados en frontera, además de vulnerar derechos y obligaciones de carácter internacional, puede llegar a crear una intervención penal desproporcionada que con la finalidad de evitar esa sociedad global riesgo, adelantamos la protección penal y con ello, como efecto directo se produce la supresión de garantías y derechos.

3. CONCLUSIONES

El fenómeno del refugio y el control de la inmigración están interconectados con el uso del Derecho Penal y las políticas migratorias. Respecto al Derecho Penal, como hemos visto tanto el 318 bis CP como la trata se encuentran interrelacionados con el cierre de fronteras, aumentando cuando las políticas de inmigración establecen duras restricciones de entrada. Las personas intentarán acceder de forma clandestina y serán víctimas de las organizaciones criminales tanto para trata de seres humanos como para facilitar la entrada y en muchas ocasiones entrando en concurso ambas conductas típicas.

En segundo lugar respecto a las políticas migratorias, en el debate sobre políticas en materia de inmigración y refugio se alega la falta de protección por limitaciones económicas. Si bien no estamos negando estas limitaciones, no podemos dejar de proteger a un refugiado que cumple las disposiciones de la Convención de Ginebra de 1951 por motivos económicos. Esto nos llevaría a una pregunta similar; ¿dejamos de proteger la vida o los derechos humanos a nuestros ciudadanos alegando falta de motivos económicos? En sí, la protección de los derechos humanos y el poder garantizarlos, cuesta dinero no es de forma gratuita; pero la economía no puede ir por encima de la protección del individuo aunque sepamos que en la práctica muchas veces es así. Debemos de buscar otras soluciones como reforzar el principio de solidaridad y una distribución equitativa de la carga entre todos los países de la UE para poder hacer frente a la acogida de los refugiados.

Además, es necesario eliminar las barreras de integración existentes en los países de acogida a los refugiados, apostando por una sociedad multicultural y la erradicación de actitudes discriminatorias o xenófobas. Los ciudadanos deben de

¹³ DUARTE CUNHA MEDEIROS Tamara et al. *Tratamiento jurídico-penal de la inmigración en el derecho penal español*. Granada: Universidad de Granada, 2012, p. 62.

poner el foco de atención en la comunidad a la que pertenecen en lugar de en las diferencias culturales, de esta manera pueden conformar una nueva ciudadanía que llegue a superar las identidades locales¹⁴, alcanzando metas más allá del multiculturalismo que propugna la convivencia de identidades culturales diferentes; como la ciudadanía universal. El problema en la práctica de concebir la ciudadanía como elemento común entre todos los individuos de una sociedad determinada, independientemente si comparten identidades culturales o no, es que ello implica un igualitarismo que choca inevitablemente en ocasiones con las identidades particulares étnicas propias¹⁵.

En conclusión, nuestro factor denominador común y en lo que debemos de poner atención por encima de las identidades culturales o minorías étnicas, es precisamente el ser humano y su protección. Todos de forma universal debemos de centrarnos en los derechos humanos del individuo por encima de ensalzar identidades de grupo, no eliminando tampoco estas últimas, pues son necesarias para la socialización e identidad cultural de las personas siempre que respeten los principios humanos, pero apostando por la salvaguarda de los refugiados y por una integración realmente eficaz.

¹⁴ BEINER, Ronald. Liberalismo, nacionalismo, ciudadanía: tres modelos de comunidad política. 1997, pp. 1-4. [En línea 02/12/2020]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-11.pdf>

http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-1997-10-1000/liberalismo_nacionalismo.pdf

¹⁵ Ibídem, página 7.

BIBLIOGRAFÍA

ABU-WARDA, Najib. "Las migraciones internacionales". *Revista de Ciencias de las Religiones*, 2008, p. 33-50. [En línea 02/12/2020]. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/ILUR/article/view/ILUR0707550033>

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal. *Revista electrónica deficiencia penal y criminología*, 2016, vol. 18, p. 1-7. [En línea 02/12/2020]. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-11.pdf>

ARRIBAS FERNÁNDEZ, Gloria. *Asilo y refugio en la Unión Europea*. Comares, 2007, p.5.

BEINER, Ronald. Liberalismo, nacionalismo, ciudadanía: tres modelos de comunidad política. 1997, pp. 1-4. [En línea 02/12/2020]. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-1997-10-1000/liberalismo_nacionalismo.pdf

DE LUCAS, Javier; NAÏR, Sami. *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant Humanidades, 2015, pp.2-5, p.35.

DE LUCAS, Javier; NAÏR, Sami. *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant Humanidades, 2015, pp.2-5.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid, Tecnos, 2007, p.504-510.

DUARTE CUNHA MEDEIROS Tamara et al. *Tratamiento jurídico-penal de la inmigración en el derecho penal español*. Granada: Universidad de Granada, 2012, p. 62.

FELLER, Erika; TURK, Volker; NICHOLSON, Frances (ed.). *La protección de los refugiados en el derecho Internacional: Consultas Globales del ACNUR sobre Protección Internacional*. Icaria, 2010, pp. 80-85.

ONU, Declaración Universal de Derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948, art.14. [En línea 02/12/2020]. Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal: Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de integración social de los extranjeros*. Comares, 2004, pp.4-5.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Reflexiones y propuestas sobre inmigración. *InDret*, 2010, no 1, pp.1-4. [En línea 02/12/2020]. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/225332>