

## CONTROL Y REPRESIÓN DE LA INMIGRACIÓN CLANDESTINA PROCEDENTE DEL NORTE DE ÁFRICA

### CONTROL AND REPRESSION ON CLANDESTINE IMMIGRATION FROM NORTH AFRICA

---

M.<sup>a</sup> JOSÉ RODRÍGUEZ MESA \*

**Resumen:** *Por su posición geográfica, España es el paso obligado de miles de ciudadanos norteafricanos y subsaharianos que pretender llegar e instalarse en Europa. Pero, además, en los últimos años, España se ha convertido en un país receptor de ciudadanos extranjeros que, en situación de regularidad o irregularidad administrativa permanecen de modo más o menos continuado en su territorio. Este dato, junto con los criterios restrictivos impuestos por la normativa europea y la exigencia de visado desde mayo de 1991 a los súbditos marroquíes, ha provocado que la vía ilegal o clandestina sea la más utilizada en la inmigración proveniente de Marruecos, tanto por parte de los propios ciudadanos marroquíes como de los subsaharianos que llegan a Marruecos con la intención de cruzar el Estrecho de Gibraltar. En este estudio se analizan los distintos mecanismos, principalmente jurídicos, utilizados por el Estado Español en su lucha contra la inmigración clandestina, así como sus efectos en la inmigración proveniente del Norte de África.*

**Palabras clave:** *Inmigración Marruecos-España; Inmigración clandestina; Control de los flujos migratorios.*

---

\* Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Cádiz.

**Abstract:** *By its geographic position, Spain is the forced way of thousands of North African and Sub-Saharan citizens who try to arrive and to settle in Europe. But, in addition, in the last years, Spain has become a receiving country of foreign citizens who, in a situation of regularity or of administrative irregularity remain more or less continuously in its territory. This fact, along with the restrictive criteria imposed by the European norms and the visa requirement from May 1991 for Moroccan subjects, is the cause for the use of illegal or clandestine routes for immigration originating in Morocco, both for Moroccan citizens as well as Sub-Saharans who come to Morocco with the intention of crossing the Straits of Gibraltar. In this study the different mechanisms, mainly legal, used by the Spanish State in their fight against clandestine immigration, as well as its effects in the immigration originating from North Africa are analyzed.*

**Keywords:** *Morocco-Spain immigration; Clandestine immigration; Control of migratory flows.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La entrada de extranjeros en España entre 2000 y 2006 alcanzó un promedio de 500.000 personas cada año, convirtiéndose así en el país de la Unión Europea que más inmigrantes recibe <sup>1</sup>. De los 3.979.014 extranjeros que a 31 de marzo de 2007 tenían autorizada su residencia en España <sup>2</sup>, la comunidad marroquí, con 648.735 ciudadanos con autorización de residencia —un 27,2 % más que a 31 de diciembre de 2006— era la más representada. Pero además, su estratégica posición geográfica provoca que la situación adquiera connotaciones específicas: España no es solo un país receptor de extranjeros; es también el paso obligado de miles de ellos —generalmente norteafricanos o subsaharianos— cuya intención es la de llegar a otros Estados de la Unión Europea <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Véase IZQUIERDO ESCRIBANO (Dir.): *Demografía de los extranjeros. Incidencia en el crecimiento de la población*, Fundación BBVA, Madrid. 2007.

<sup>2</sup> FUENTE: *Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración*.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ MESA, M. J.: «El tráfico ilegal de personas. Especial consideración a su tratamiento en el Ordenamiento Jurídico Español», *Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, n.º 5-6, 2003, pp. 480-481.

Las cada vez más crecientes desigualdades entre Europa y África junto con los criterios restrictivos impuestos por la normativa europea y la exigencia de visado desde mayo de 1991 a los súbditos marroquíes, ha provocado que la vía ilegal o clandestina sea la más utilizada en la inmigración proveniente de Marruecos, tanto por parte de los propios ciudadanos marroquíes como de los subsaharianos que llegan a Marruecos con la intención de cruzar el Estrecho de Gibraltar. Aunque no existen cifras oficiales sobre el número de personas que cada año logra introducirse clandestinamente en España a través del paso del Estrecho, el número de pateras interceptadas en aguas del Estrecho de Gibraltar durante los últimos tres años —24.105—, junto con las más de 60.000 detenciones efectuadas por las autoridades marroquíes desde 1999, y las entre 8.000 y 10.000 personas que se estima que perecieron sólo entre los años 1989 y 2002 son datos muy significativos de la magnitud que ha alcanzado el fenómeno de la inmigración clandestina que pretende llegar a Europa vía Marruecos-España<sup>4</sup>.

La ingente llegada de flujos migratorios, y los constantes requerimientos de la Comunidad Europea, ha dado lugar a la revisión de gran parte de la normativa española sobre extranjería e inmigración. Revisión que, basada en la idea de contingentes y de regulación controlada de los flujos migratorios, evidencia como razón última la de controlar que el acceso de los extranjeros al territorio español se lleve a cabo de acuerdo con los intereses que en cada momento se consideren prevalentes por el propio Estado Español o por la Comunidad Europea<sup>5</sup>.

## 2. INCIDENCIA DE LA INMIGRACIÓN CLANDESTINA EN EL ESTRECHO DE GIBRALTAR

La evolución de las cifras de inmigrantes detenidos y embarcaciones interceptadas entre enero de 1999 y diciembre pone de manifiesto un creciente aumento de la inmigración clandestina vía ma-

---

<sup>4</sup> FUENTE: Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

<sup>5</sup> Véase RODRÍGUEZ MESA, M. J.: «El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Cuestiones instrumentales y simbólicas», en PÉREZ ÁLVAREZ (Ed.): *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, p. 847

rítima. Aunque el descenso del número de pateras interceptadas durante el año 2005 en aguas del Estrecho de Gibraltar hizo pensar en un triunfo del S.I.V.E. como forma de control de la inmigración clandestina vía marítima, el incremento de las cifras durante la primera mitad del año 2006, también en zonas controladas por el S.I.V.E, evidencian que el control policial de las fronteras y del Estrecho de Gibraltar es sólo un medio más entre los muchos con los que se debe contar para una eficaz regulación y control de los flujos migratorios procedentes del Norte de África. En este sentido, no se puede olvidar que, a pesar del incremento de la inmigración clandestina durante los cinco primeros meses del año 2006 en la ruta de Canarias, en el Estrecho de Gibraltar el número de inmigrantes detenidos entre los meses de enero a junio de 2006 era ya superior al total de detenidos durante todo el año 2005.

Aunque con fluctuaciones más o menos significativas, hasta el año 2004 las cifras de inmigrantes detenidos se mantuvieron en cierta medida constantes, produciéndose un importante descenso durante el año 2005, en que la llegada de inmigrantes clandestinos en pateras a las costas españolas descendió en un 25% con respecto del año anterior. No obstante, cuando los datos correspondientes de 2005 auguraban el éxito en la lucha contra la inmigración clandestina vía marítima, el año 2006 arroja las mayores cifras de inmigrantes detenidos en las costas españolas: a primeros de noviembre de ese año ya habían sido interceptados en nuestras costas el triple de inmigrantes que durante todo el año anterior, desencadenándose una de las mayores crisis migratorias que ha vivido el Estado español.

De nuevo se ha atribuido este incremento al efecto llamado de la regularización llevada a cabo durante el año 2005. Pero lo cierto, es que si se analizan los lugares de procedencia y destino de la mayoría de los inmigrantes interceptados durante el año 2006, las desigualdades económicas y sociales, y la ausencia de cooperación entre Europa y los países de origen de los inmigrantes se siguen erigiendo como los factores claves en el incremento de los flujos migratorios. A ello hay que añadir, en el caso del Estrecho de Gibraltar, su cercanía a la costa española. Además, hay que tener en cuenta, que este incremento también se debe a la incorporación como emisores de inmigrantes clandestinos, de países que hasta ahora habían tenido una representación escasa, con respecto al global, en el fenómeno de la inmigración clandestina a España.

Al igual que ocurre a nivel estatal, durante el año 2000 se produjo un fuerte incremento del número de inmigrantes detenidos cuando intentaban arribar a las costas españolas a través del área del Estrecho de Gibraltar; respecto del año anterior el incremento fue de un 375%. Durante el año 2002, sin embargo, se produjo un notable descenso del número de inmigrantes detenidos, concretamente un 53% menos con respecto al año anterior.

Entre las circunstancias que habitualmente se citan para explicar este descenso, son de destacar la implantación en fase experimental del S.I.V.E. en Algeciras, un mayor control policial por parte de Marruecos como consecuencia de los conflictos internacionales derivados de los atentados del 11 de septiembre, y el cambio de rutas o itinerarios hacia las islas Canarias.

Durante el año 2003 se produjo un incremento del 44% con respecto a 2002, siendo lo más llamativo el hecho de que durante ese año el número de detenciones de inmigrantes clandestinos procedentes del África subsahariana superó por primera vez al de marroquíes y, además, lo hizo en una proporción mayor al 50%.

TABLA 1

VARIACIÓN ABSOLUTA. INMIGRANTES INTERCEPTADOS  
EN EL ESTRECHO DE GIBRALTAR Y EN ESPAÑA  
(VÍA MARÍTIMA)

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Estrecho	2.694	12.785	14.405	6.795	9.978	7.245	7.066	11.502	8.685
Resto de España	875	2.410	4.112	9.975	9.398	8.430	4.715	31.678	12.942
Costas Africanas								7.000	12.074
Total	3.569	15.195	18.517	16.670	19.176	15.675	11.781	48.180	33.691

Elaboración propia a partir de los datos proporcionados por el MTAS y la Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía.

El análisis comparativo del número de inmigrantes detenidos en el Estrecho con relación al global de la inmigración clandestina llegada al territorio español por vía marítima durante los años 1999 a 2007, evidencia la irregularidad de las fluctuaciones en el número de inmigrantes interceptados, tanto en el Estrecho como en el resto de las costas españolas, a lo largo de los últimos siete años. El incremento porcentual de inmigrantes interceptados durante el año 2000 con respecto al año anterior, vino dado en gran medida por el au-

mento de detenciones en el Estrecho, pero también por un aumento importante de la inmigración interceptada en las costas Canarias. En términos absolutos, durante el año 2001, el número de inmigrantes interceptados en aguas del Estrecho es superior en casi cuatro veces al de interceptados en las costas Canarias. No obstante, en términos porcentuales la inmigración vía Estrecho crece poco en comparación con la inmigración vía Canarias, un 12,6% frente a un 70,6%. Este dato pone ya de manifiesto la existencia de una nueva «puerta de entrada a Europa» que tiene su punto álgido en el año 2002, en el que por primera vez el total de inmigrantes interceptados en las costas Canarias supera ampliamente, concretamente en 3.320 personas, al de los interceptados en la vía del Estrecho.

Esta alteración de las cifras correspondientes al año 2002 se debe principalmente a un cambio de itinerario en los flujos migratorios procedentes del Norte de África como consecuencia del «blindaje» del Estrecho, por una parte, y de la puesta en marcha, por parte de Marruecos, de una política de cooperación en la lucha contra la inmigración ilegal. Así, en 2002, Marruecos aseguraba haber deportado cuarenta mil inmigrantes africanos de su país, cifras ofrecidas a la Unión Europea como justificante del dinero recibido por el control fronterizo.

Durante el año 2003 se produce un notable repunte en la inmigración vía Estrecho, que se incrementa en un 47% con respecto al año anterior, mientras que la inmigración vía Canarias sigue más o menos estable. De ello se deduce que una vez puesto en marcha el itinerario vía Canarias este se mantiene ya más o menos constante con independencia del grado de los flujos migratorios que se mueven en el Estrecho. A partir de este momento Canarias deja de ser una ruta alternativa al Estrecho para alcanzar la suficiente entidad como ruta preferida por senegaleses y mauritanos.

Durante los años 2004 y 2005 se produce un importante descenso de la inmigración clandestina vía marítima. En el año 2004 el descenso es más acusado en el área del Estrecho, donde disminuye hasta un 27,4% con respecto al año anterior, situándose en cifras similares a las del año 2002. El aumento de la vigilancia en Marruecos, la entrada en funcionamiento del S.I.V.E. en Cádiz y Granada a finales de 2004, y los acuerdos de colaboración entre el Estado Español y el Reino de Marruecos en la lucha contra la inmigración ilegal fueron factores claves en este descenso. También en la zona de Canarias se produce un descenso del número de inmigrantes inter-

ceptados; pero aun así, siguen superando a los interceptados en el área del Estrecho.

Las cifras de 2005 confirmaron la tendencia a la baja y muy acentuada de la inmigración clandestina a España por vía marítima. Mientras que en el área del Estrecho el descenso apenas fue perceptible, en la ruta de Canarias se redujo en un 44%, volviendo a situarse por primera vez, en cuatro años, en niveles inferiores a los del Estrecho.

Pero esta acusada tendencia a la baja, cambia radicalmente en el año 2006 en el que se interceptaron un total de 48.180 inmigrantes que intentaban llegar a las costas españolas. Se trata, sin duda de las peores cifras que se han dado en nuestro país, superando en un 201% a las del año anterior.

Los datos correspondientes al año 2006 evidencian una intensificación de la llegada de súbditos argelinos y subsaharianos, que aumentaron en un 128% y en un 346%, respectivamente, con respecto al año 2005. Este incremento del 450% con respecto al año anterior refleja algo más que un mero cambio de itinerarios; se trata de un intento masivo de llegar a España por parte de personas que hasta entonces no se lo habían planteado o no habían tenido la oportunidad (falta de medios, falta de contactos, etc.) de emigrar. Por otra parte, el también incremento de la inmigración clandestina en el Estrecho de Gibraltar durante el año 2006, viene a demostrar que los flujos migratorios procedentes del Norte de África que llegan a España a través del Estrecho tienen una entidad propia, al margen de la ruta de Canarias. No se trata de rutas alternativas, sino complementarias.

Para los inmigrantes procedentes del Norte de Marruecos, así como de algunos países asiáticos, la puerta de entrada a Europa siguen siendo las costas del Estrecho. El incremento del número de inmigrantes interceptados durante el año 2006 en las costas Canarias no se debe únicamente a un cambio de itinerario por la mayor presión policial y control de las fronteras marítimas. En parte, es cierto que la mayor presión del gobierno Marroquí frente a los inmigrantes subsaharianos les obliga a buscar rutas alternativas; pero a su vez, los nuevos itinerarios también responden a la «organización» de todo un sistema de inmigración clandestina que se asienta en las costas de Senegal, y que a partir de ese momento ofrece una nueva vía de entrada factible a los súbditos de Senegal, Mauritania o Malí.

Este dato se corrobora al analizar la nacionalidad de los inmigrantes interceptados durante el año 2006 en las costas Canarias y en las Costas del Estrecho.

TABLA 2  
NACIONALIDAD DE LOS INMIGRANTES INTERCEPTADOS  
VÍA MARÍTIMA

	<i>Tenerife</i>	<i>Las Palmas</i>	<i>Resto de España</i>	<i>Total</i>	<i>Variación porcentual del total con respecto a 1999</i>
Marroquíes	2	219	5128	5349	+5%
Argelinos	0	2	585	587	+128%
Subsahari	9813	3719	410	13942	+346%
Otros	21	24	4413	4458	-3%

Elaboración propia a partir de los datos proporcionados por el MTAS.

Como se puede observar el acusado incremento del número de inmigrantes interceptados durante el año 2006 se debe principalmente a la intensificación de la llegada de súbditos Argelinos y Subsaharianos, que aumentaron en un 128% y un 346%, respectivamente, con relación al año anterior. No se trata, pues, de un simple cambio de itinerarios como consecuencia de la mayor presión en el control de los flujos migratorios tanto en el Norte de Marruecos como en el Estrecho. El incremento en más del 450% con respecto al año anterior del número de inmigrantes interceptados, representado principalmente por subsaharianos y argelinos evidencia un intento masivo de llegar a España por parte de personas que hasta ahora no se habían planteado o no habían tenido la oportunidad de emigrar.

Es cierto que durante el año 2007 se ha reducido a más del 50% el número de inmigrantes detenidos en las costas de Canarias. No obstante, y si se tiene en cuenta que durante ese mismo año se incrementó en casi un 75% el número de detenciones en las costas africanas, no se puede afirmar que esta disminución del número de detenidos en las costas de Canarias haya significado un verdadero control de los flujos migratorios. En el caso del Estrecho de Gibraltar la disminución no ha sido tan significativa, y en todo caso ha ido acompañada de un importante incremento de detenciones en las costas de Baleares y Murcia.

### **3. MECANISMOS DE CONTROL DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS EN LA FRONTERA SUR**

La lucha contra la inmigración ilegal proveniente del Norte de Marruecos descansa, en el ordenamiento español, en tres pilares fundamentales: la vigilancia de las fronteras marítimas; la repatriación de los extranjeros en situación irregular a través de diferentes instrumentos jurídicos; y la sanción a quienes se encuentren irregularmente en territorio español. A estas tres medidas básicas, hay que añadir la regularización ordinaria o extraordinaria de los extranjeros que se encuentran en situación irregular, que de ese modo pasan a tener una situación regularizada.

#### **3.1. Impacto de la implantación del S.I.V.E. en el control de la inmigración clandestina vía marítima**

El S.I.V.E. se define técnicamente como un «dispositivo operativo que, sobre un soporte técnico, facilita la vigilancia de la franja de mar territorial español y su entorno, aportando la información obtenida en tiempo real al Centro de Mando y Control, desde el que se dan las órdenes precisas para la interceptación de cualquier elemento susceptible de entrar ilegalmente en el territorio de la Unión Europea»<sup>6</sup>.

Se trata de un sistema esencialmente preventivo, que permite identificar el tipo de embarcación y a sus tripulantes con el fin de comprobar la posible actuación ilegal de los mismos; coordinar el seguimiento, en su caso, de la embarcación, utilizando para ello los medios marítimos, aéreos y terrestres con que cuenta la Guardia Civil; e interceptar a los presuntos delincuentes o auxiliar a los inmigrantes irregulares<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> GABELLA MAROTO, F.: «Control de Fronteras», *Inmigración: Desafíos y Riesgos actuales, Análisis del Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior*, UNED, junio/julio 2005, p. 4.

<sup>7</sup> NÚÑEZ CALVO, J.: «La Guardia Civil frente a la inmigración irregular. Cádiz, una experiencia a pie de playa», <http://www.uned.es/investigacion/publicaciones/Cuadernillo%20INMIGRACION%203.pdf>, p. 5.

TABLA 3  
EMBARCACIONES INTERCEPTADAS POR EL S.I.V.E.

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Total	475	807	1.060	1.020	942	740	567
Estrecho	323	487	638	193	161	252	154
Resto Andalucía- Murcia	77	141	146	184	201	192	194
Canarias	75	179	277	632	580	294	219
Baleares	0	0	0	0	0	2	0

Elaboración propia a partir de los datos proporcionados por el MTAS.

Con la instalación del S.I.V.E. —en el año 2002— en Algeciras, se ha logrado ir reduciendo el número de pateras interceptadas en la zona del Estrecho donde, durante el año 2005, sólo se detectaron 348 pateras; 98 menos que en el año 2004, y un 50% menos que en el año 2000. Aunque estas cifras demuestran la relativa operatividad del S.I.V.E. en el control de la inmigración clandestina en la zona del Estrecho, su eficacia a nivel global como instrumento prioritario en la lucha contra la inmigración clandestina es altamente dudosa.

Los datos de 2005 reflejan un cambio en los itinerarios, traducándose el descenso de pateras interceptadas en la zona del Estrecho en un incremento del 71,7% de las pateras interceptadas en la costa de Almería; y el descenso del 71% de las pateras interceptadas en Fuerteventura —donde funciona el S.I.V.E. desde diciembre de 2003— con un incremento del 37% en Gran Canaria y el 11,7% en Tenerife. Por otra parte, con la implantación del S.I.V.E. tampoco se ha conseguido disminuir el número de personas que pierden la vida en su intento por llegar a las costas españolas. La necesidad de buscar rutas alternativas más peligrosas ha provocado que en el año 2007 se pudieran constatar 921 muertes verificadas, de las cuales 189 se produjeron en las costas españolas, y el resto en las costas africanas (Magreb y África Occidental)<sup>8</sup>.

Tanto estos datos, como los sucesos acaecidos en el año 2005 en las fronteras de Ceuta y Melilla con Marruecos, nos demuestran que

<sup>8</sup> ASOCIACIÓN PRO-DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA: *Derechos Humanos en la Frontera Sur*, 2007. <http://www.apdha.org/media/informeinmigra07.pdf>.

toda lucha contra la inmigración clandestina centrada prioritaria y básicamente en el blindaje material (vallas) o inmaterial (S.I.V.E.) de las fronteras está abocada al fracaso.

### **3.2. La devolución y el retorno de los inmigrantes clandestinos**

Mediante la repatriación de los extranjeros que intentan acceder o acceden de forma ilegal al territorio español, se pretende no sólo el control de la inmigración, también la disuasión de los que pretenden entrar de forma ilegal, y el castigo, en su caso, del infractor.

Al margen de la expulsión, de la que se tratará más adelante, el ordenamiento jurídico español conoce fundamentalmente de dos instrumentos jurídicos para llevar a cabo la repatriación de inmigrantes clandestinos o en situación irregular: el retorno y la devolución.

#### *a) El retorno en las fronteras de Marruecos con España*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 156.1 del Real Decreto 2.393/2004<sup>9</sup>, el retorno se produce cuando el extranjero se presenta en el puesto habilitado para efectuar la entrada y se comprueba por los funcionarios encargados del control que no reúne los requisitos que permiten autorizarla. Esta figura jurídica presupone que la entrada que se pretende efectuar no es clandestina, sino, al contrario, conocida por la autoridad española que, en su caso, la deniega por no cumplirse todos los requisitos legalmente establecidos para su autorización<sup>10</sup>, o por incurrir en algunos de los supuestos de prohibición de entrada<sup>11</sup>.

Las denegaciones de entrada en puestos marítimos se producen principalmente en los Puertos de Almería y Algeciras.

---

<sup>9</sup> Real Decreto 2.393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España.

<sup>10</sup> Artículo 4 del Real Decreto 2.393/2004.

<sup>11</sup> Artículo 10 del Real Decreto 2.393/2004.

TABLA 4  
DENEGACIONES EN PUESTOS MARÍTIMOS (1999-2004)

	1999	2000	2001	2003	2004
P. Algeciras	357	247	368	3.412	1.504
P. Almería	680	629	872	941	1.354
Total España	1.167	945	1.711	4.461	3.009

Elaboración propia.

En este aspecto es de resaltar el notable incremento de denegaciones de entrada que se produce en el Puerto de Algeciras durante el año 2003, concentrando el 23,1% del total de las denegaciones de entrada producidas en los puestos fronterizos españoles, y más del 76% de los rechazos producidos en puestos marítimos. Es de destacar también que durante ese año el 97% de los rechazos producidos en puestos marítimos lo fueron de ciudadanos marroquíes, y el motivo del 63% de los rechazos fue motivado por la presentación de documentos falsos.

Con relación al número de entradas producidas durante ese mismo año, en el global del territorio español se produjo un 0,04% de denegaciones de entrada, un 0,12% en los puestos marítimos, y un 0,38% en el Puerto de Algeciras. Este incremento, pudo ser debido, entre otras causas a la entrada en funcionamiento a partir de agosto de 2002 del Centro Prototipo del SIVE en Algeciras. El aumento de los rechazos en el Puerto de Algeciras experimentado durante el año 2003 coincide, a su vez, con el descenso del número de pateras interceptadas en el área del estrecho durante ese mismo año. Estos datos hacen pensar en un cambio de estrategia en la inmigración clandestina proveniente de Marruecos, sustituyéndose en ese año, en gran medida, el viaje en patera por la obtención y presentación de documentación falsa. Durante el año 2004, quizá por la intensificación del control policial en el Puerto de Algeciras, las denegaciones en frontera marítima descendieron hasta el 50% del total en el Puerto de Algeciras, incrementándose hasta un 45% en el caso del Puerto de Almería, lo que vuelve a demostrar una alternancia en las rutas y modos de entrar clandestinamente en España.

En el año 2005, las denegaciones de entrada en el puerto de Algeciras supusieron un 145% más con respecto al año anterior, situándose 112 puntos por encima del incremento porcentual que ex-

perimentaron los rechazos y denegaciones de entrada a nivel nacional. Este aumento, efectivamente puede ser una consecuencia del incremento del control policial en el puerto de Algeciras; pero, sobre todo, lo que pone de manifiesto es la existencia de una relación inversa entre el número de pateras interceptadas en aguas del estrecho y el número de rechazos en el puerto de Algeciras.

En lo que se refiere a las fronteras terrestres, la mayoría de las denegaciones de entrada se producen en la actualidad en la frontera de Marruecos con Ceuta, llegando a representar incluso el 100% de las denegaciones en las fronteras terrestres durante el año 2003.

Con datos similares a la de las denegaciones en puestos marítimos, en las fronteras terrestres, representada principalmente por la frontera de Ceuta, el 98% de los rechazados durante el año 2003 eran de nacionalidad marroquí, y el 81% de los rechazos se produjo como consecuencia de la presentación de documentación falsa.

A estas cifras hay que añadir los supuestos de denegación de entrada y retorno sin impreso, que ascendieron en el año 2003 a un total de 691.490 personas, produciéndose un 3% de los mismos en la frontera de Ceuta, y el 97% restante en la frontera de Melilla.

Estos datos ponen de manifiesto que, al margen de la vía de entrada clandestina en pateras a través del Estrecho, la mayoría de los ciudadanos marroquíes intentan acceder al territorio español por las fronteras terrestres de Ceuta y Melilla, o a través del Puerto de Algeciras, utilizando para ello, en la mayoría de los casos, documentación falsa.

b) *La devolución a Marruecos de los inmigrantes interceptados en el Estrecho de Gibraltar*

A diferencia del anterior procedimiento, la devolución presupone que el extranjero ya ha entrado en territorio español, aunque también se aplica a «los que pretendan entrar ilegalmente en el país» —por ejemplo, a los interceptados en pateras en aguas del Estrecho—. Según el artículo 58.2 de la Ley Orgánica 4/2000, no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que, habiendo sido expulsados con anterioridad, contravengan la prohibición de entrada en España, así como los que pretendan entrar ilegalmente en el país; esta medida supone, pues, la ejecución de una resolución administrativa con carácter automático, que sólo se puede paralizar en el supuesto de que se formalice una solicitud de asilo; tampoco pueden ser devueltas las mujeres embarazadas «cuando la

medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre».

La principal diferencia entre la devolución y el retorno con respecto a la expulsión estriba en la necesidad o no de la tramitación de un expediente administrativo de expulsión previo a la ejecución efectiva de la misma. Dicho expediente no será preceptivo en los casos de retorno o devolución, pero sí cuando el extranjero es repatriado por haber cometido la infracción de encontrarse irregularmente en territorio español.

A pesar de que los extranjeros a los que se les aplica la medida de devolución gozan de menos garantías jurídicas que los sometidos a un expediente de expulsión<sup>12</sup>, no se puede olvidar que la expulsión tiene naturaleza sancionadora, siendo su principal consecuencia la de la prohibición de entrar en territorio español y territorio Schengen por un plazo que puede llegar hasta los diez años. Pero no siempre es fácil delimitar los contornos que separan las medidas de devolución y expulsión, existiendo una zona intermedia que genera dudas acerca de la aplicabilidad de una u otra figura jurídica, en la cual la valoración de las concretas circunstancias fácticas concurrentes y la interpretación de lo que se entienda por «pretender entrar ilegalmente» se erigen en claves para la adopción de una u otra decisión<sup>13</sup>.

Es obvio que quien ya ha entrado en el territorio español se encuentra en un estadio posterior a quien pretende entrar en el mismo, pero el problema radica en determinar si la entrada se produce

---

<sup>12</sup> Las posibilidades de disponer de asistencia letrada o disfrutar del beneficio de justicia gratuita, serán más efectivas en el caso de los extranjeros sujetos a expedientes de expulsión, mientras que se ven seriamente dificultadas en los casos de retorno o devolución. Asimismo, la devolución o el retorno implican la posibilidad de ejecutar la decisión de repatriación del extranjero sin necesidad de esperar a la finalización del procedimiento administrativo, y en su caso judicial, mientras que en los supuestos de expulsión habría que esperar a la finalización del procedimiento —aún cuando fuera preferente— y conceder al extranjero un plazo para su marcha voluntaria.

La posibilidad de accionar desde territorio nacional y antes de que se ejecute la repatriación, dependerá de cómo se califique jurídicamente la situación del extranjero. Así, dicha posibilidad será prácticamente nula en los casos de retorno o devolución, mientras que será la tónica general en los supuestos de expulsión, salvo que se utilice el procedimiento preferente.

<sup>13</sup> Véase la Consulta 1/2002 de la Fiscalía General del Estado.

desde el mismo momento en el que se accede al territorio (por ejemplo, al desembarcar de la patera en la playa), o, por el contrario se exige que además del acceso se tome un contacto —aunque sea mínimo— con el tejido social del país.

A la primera de las opciones interpretativas, la más ajustada al sentido gramatical del precepto legal, se le ha objetado no sólo la dificultad que plantea distinguir entre territorio nacional a los efectos de la Ley Orgánica 4/2000 y territorio político; además, la incongruencia que supondría excluir del ámbito de la devolución —y someterlos a un procedimiento de expulsión— a quienes, por ejemplo, son sorprendidos en la playa tras desembarcar de la patera, y por el contrario, adoptar la medida de devolución si la patera ha sido interceptada a unos metros de la costa.

La segunda de las interpretaciones propuestas, permitiría la devolución —y no la expulsión— de quien estando ya en territorio español es sorprendido en condiciones que no dejan lugar a dudas de su falta de imbricación mínima en el tejido social, lo que indicaría que el iter de la entrada aun no se ha consumado<sup>14</sup>. A tal interpretación cabe objetar que, además de la posible vulneración del principio de legalidad, traslada la cuestión a la determinación y prueba del contacto social que haya tenido el extranjero en territorio español desde su llegada al mismo.

Frente a estas dos interpretaciones, la Fiscalía General del Estado (FGE) se fija en la flagrancia de la entrada en España como clave para distinguir entre los supuestos de devolución y expulsión<sup>15</sup>, exigiendo para la aplicación de la devolución que la entrada ilegal en territorio nacional no haya sido consumada o de consumarse, lo haya sido en intermediación temporal y física con la propia aprehensión del extranjero<sup>16</sup>. De este modo, la FGE, considera que prueba

---

<sup>14</sup> Esta es la solución adoptada, entre otras, por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su sentencia de 19 de octubre de 2005, al considerar aplicable la devolución y no la expulsión al extranjero que, tras entrar en el territorio nacional por la costa, es sorprendido en ruta al intentar dirigirse a otra provincia, y todo ello según sus propias manifestaciones en cuanto a la fecha y forma de entrada en territorio nacional, por entender que en este caso no se trata de de tránsito, una vez en el país, de un lugar a otro, sino de entrada inmediata.

<sup>15</sup> Consulta 1/2001 de la FGE.

<sup>16</sup> Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 de noviembre de 2005.

la flagrancia de la entrada el hecho de que los extranjeros tuviesen sus ropas mojadas por agua de mar y se encontrase arena en el suelo de la furgoneta en la que fueron sorprendidos. «El hecho de haber sido sorprendidos los inmigrantes con signos inequívocos de la inmediatamente anterior y sin solución de continuidad comisión de la infracción administrativa consistente en la entrada ilegal en territorio español», justificaría, a juicio de la FGE, la aplicación de la devolución.

No obstante, y como ya tuvo ocasión de advertir el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de marzo de 2003, quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por mas que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar ya que esta es una situación incompatible con la de encontrarse «en el interior», es decir, dentro del territorio nacional; por más que estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito, tanto si esa situación lo es de una localidad a otra del territorio nacional o hacia un país tercero. De acuerdo con esto, la interpretación de flagrancia que lleva a cabo la FGE, entendiendo por tal tanto la situación en la que el sujeto es sorprendido en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito (entrada en territorio nacional), como la del que fuere sorprendido después de cometida la infracción (una vez en territorio nacional) con efectos o instrumentos que infundan la sospecha de su entrada ilegal, es incompatible con la letra del artículo 58.2 *b*) de Ley Orgánica 4/2000.

Con respecto a esta cuestión se puede concluir, pues, que la devolución sólo será posible con relación a los extranjeros que hayan sido sorprendidos intentando entrar o entrando ilegalmente en territorio español, sin que tal entrada se haya llegado a consumir.

De 1998 a 2004, entre el 85% y el 97% de los extranjeros devueltos a sus países como consecuencia de su entrada ilegal en España o de la vulneración de una prohibición de entrada han sido súbditos marroquíes. De estos datos se deduce, por una parte, la facilidad que tiene el Estado español para ejecutar las devoluciones de ciudadanos marroquíes, y la dificultad, por otra, de llevar a cabo la devolución de otros ciudadanos africanos, como es el caso de los nacionales de países como Nigeria, Mauritania o Senegal. Estos extranjeros no han sido admitidos por Marruecos, ni siquiera cuando se ha podido probar que partieron de suelo marroquí, y tampoco han podido ser devueltos a sus países de origen como conse-

cuencia de la falta de un Acuerdo específico entre el Estado español y los Estados de origen.

En el caso de que los extranjeros sean devueltos a Marruecos, hay que tener en cuenta que el artículo 50 de la Ley Marroquí n.º 02-03<sup>17</sup> prevé la imposición de una multa de 3.000 a 10.000 dirhams y/o prisión de uno a seis meses a toda persona que deje clandestinamente las fronteras terrestres, marítimas o aéreas marroquíes, y ello sin perjuicio de las disposiciones penales aplicables a la materia.

### **3.3. La expulsión a Marruecos de inmigrantes en situación administrativa irregular**

El artículo 53 *a)* de la Ley Orgánica 4/2000 tipifica como infracción grave el «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente».

El presupuesto de la infracción es la situación de estancia irregular por algunos de los motivos expresados en el precepto. Por estancia irregular hay que entender tanto la subsiguiente a la entrada y estancia legal que posteriormente deviene en ilegal por no obtener la prórroga de estancia o tener caducada más de tres meses la autorización de residencia, como la situación en la que se encuentran los extranjeros que han accedido de forma ilegal o clandestina al territorio nacional y que, en consecuencia, carecen de autorización de estancia o de residencia<sup>18</sup>.

De este modo, una vez consumada la entrada ilegal o clandestina en territorio español, la repatriación del extranjero sólo podrá llevarse a cabo previa incoación de un procedimiento administrativo sancionador en el que se acuerde su expulsión del territorio nacional.

---

<sup>17</sup> Relativa a la entrada y salida de extranjeros de Marruecos, a la emigración y a la inmigración irregular de 11 de noviembre de 2003.

<sup>18</sup> Sobre la expulsión del extranjero en situación irregular véase RODRÍGUEZ MESA, M. J.: «La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica» en RODRÍGUEZ MESA/RUIZ RODRÍGUEZ (Coord.): *Inmigración y Sistema Penal. Retos y Desafíos para el Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 258 y ss.

Las órdenes de expulsión contra inmigrantes de nacionalidad marroquí han venido suponiendo entre el 20% y 29% del total de órdenes de expulsión dictadas, esto es, aproximadamente una cuarta parte de las mismas. Esto se debe, en gran medida, a que hasta hace apenas dos años, los ciudadanos marroquíes representaban, por nacionalidad, el grupo mayoritario de personas que entraban o se encontraban en España en situación jurídica irregular. Pero también se debe, sin duda, a la mayor facilidad para, por una parte, identificar a los indocumentados; y por otra, ejecutar las órdenes de expulsión al país vecino.

Una de las más importantes cuestiones que plantea la expulsión es el de la no ejecución en muchos de los casos en los que se acuerda como sanción a supuestos de entrada y/o estancia irregular. Podría pensarse que la falta de ejecución de la orden de expulsión se debe fundamentalmente a dos razones: la imposibilidad de conocer la nacionalidad del extranjero, y la ausencia de convenios de readmisión con los países de origen. No obstante, según cifras aportadas por la Confederación Española de Policía, el 80% de las expulsiones no ejecutadas afecta a ciudadanos de países con los que sí hay convenio de repatriación, como es el caso de los marroquíes, para los que a principios de año 2005 existían 31.122 órdenes de expulsión sin ejecutar.

La no ejecución de las órdenes de expulsión deja a estos miles de extranjeros en una situación de invisibilidad administrativa abocada a la marginalidad y la exclusión social, por lo que deberían preverse los cauces legales necesarios para que los extranjeros indocumentados con órdenes de expulsión sin ejecutar pudieran salir de la situación de a-legalidad en la que se encuentran.

### **3.4. La regularización del extranjero en situación administrativa irregular**

Por regularización se entiende el procedimiento administrativo previsto por el ordenamiento jurídico para que los extranjeros puedan canalizar su pretensión de obtener un permiso de residencia desde el territorio español sin necesidad de pasar el filtro previo que supone la solicitud del visado. Si se admite esta definición de regularización, entonces debe admitirse que es una fórmula anómala para obtener el permiso de residencia incorporada al ordenamiento ju-

rídico por la presión fáctica que está suponiendo el fenómeno de la inmigración clandestina.

La figura jurídica de la regularización sólo es necesaria cuando los flujos migratorios hacia un determinado país no pueden ser canalizados a través de las figuras con las que tradicionalmente se ha regulado la extranjería, esto es, cuando los métodos tradicionales previstos por el ordenamiento jurídico se muestran insuficientes para controlar la entrada y presencia en territorio español de inmigrantes clandestinos o en situación irregular.

Se trata de un colectivo que, dada su situación jurídica, se ve abocado a situaciones de marginalidad extrema y de sobre-explotación laboral, con las consecuencias negativas que de ello se deriva tanto para el colectivo de inmigrantes en esta situación (no reconocimiento de derechos, riesgo de detención y expulsión, xenofobia, abuso de mano de obra, etc.) como para la sociedad en general (inseguridad ciudadana, competencia desleal por parte de las empresas que abusan de mano de obra extranjera, derechos de los trabajadores, etc.). Mediante la figura jurídica de la regularización lo que se pretende, en última instancia, es regularizar la situación jurídica de los extranjeros que viven y/o trabajan en España al margen de la legalidad vigente por carecer de las autorizaciones necesarias al respecto.

El incremento de la inmigración en España, como país receptor, a partir de la década de los ochenta, y el fracaso de la política de contingente para la regulación y control de los flujos migratorios, han condicionado que la regularización se haya convertido en una figura jurídica de obligada presencia en la normativa española reguladora de la extranjería, al punto que, de ser regulada como un proceso de carácter extraordinario, ha pasado a integrarse entre los procedimientos ordinarios previstos por la normativa vigente.

a) *Las vías de la regularización ordinaria: el arraigo*

Para que un extranjero no comunitario pueda establecerse en España, es preciso que previamente haya obtenido la autorización de residencia y/o trabajo. Pero, puede ocurrir que el extranjero no cumpla los requisitos legalmente establecidos para la concesión de la autorización —por ejemplo, porque se encuentre irregularmente en territorio español—, y opte por mantenerse en España aun en una situación irregular. La única vía de dar cobertura jurídica a es-

ta situación fáctica es a través de la regularización basada en la idea del arraigo.

El arraigo, entendido como la «situación que deviene de la permanencia continuada en el territorio español durante un tiempo determinado, así como de una oferta de empleo viable que demuestre la real y efectiva incorporación a su mercado de trabajo, o de los lazos familiares estrechados con extranjeros residentes en España o con los propios nacionales», constituye una novedad introducida por la Ley Orgánica 4/2000, que distingue entre arraigo laboral <sup>19</sup>, social <sup>20</sup> y familiar <sup>21</sup>.

Mediante el arraigo laboral, en vigor desde el 8 de agosto de 2006 <sup>22</sup>, podrán obtener una autorización de residencia temporal y trabajo los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España —con independencia de cual haya sido su situación administrativa— <sup>23</sup>, carezcan de antecedentes penales, y demuestren la

---

<sup>19</sup> Artículo 45.2. a) Real Decreto 2.393/2004: Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año.

<sup>20</sup> Artículo 45.2. b) Real Decreto 2.393/2004: A los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual.

A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa.

<sup>21</sup> Artículos 45.2 c) Real Decreto 2.393/2004: Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

<sup>22</sup> Véase la Disposición Final Cuarta del Real Decreto 2393/2004.

<sup>23</sup> De cara a la acreditación de este requisito se requerirá la presentación de documentos originales o copias debidamente compulsadas, que contengan los datos de identificación del interesado. Se otorgará preferencia a la acreditación de esta permanencia mediante aquellos documentos que hayan sido emitidos y/o registrados por una Administración Pública Española.

Cuando se tuviera constancia de que el extranjero hubiera salido de España en los dos últimos años, no existirá impedimento para entender que la

existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año<sup>24</sup>. Con esta medida se pretende, pues, velar por la garantía de los derechos de los trabajadores, y ser más eficaces en la lucha contra la inmigración clandestina y la persecución de la economía sumergida.

Para que los extranjeros puedan acceder a esta vía de regularización tendrán que denunciar ante la inspección de trabajo al empresario para el que trabajan. El acta de infracción al empresario denunciado se envía a la autoridad gubernativa, que es a quien compete conceder o no la autorización para que la inspección de trabajo proceda de oficio dando de alta en la seguridad social al inmigrante irregular, con efecto retroactivo, y para que levante acta de liquidación de las cuotas no pagadas. En este sentido, no se puede olvidar, que la contratación, por parte del empresario, de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de trabajo constituye una infracción muy grave en materia de extranjería<sup>25</sup>, e incluso, en los supuestos de abuso podría ser constitutiva de un delito contra los derechos de los trabajadores<sup>26</sup>.

#### b) *Regularizaciones extraordinarias*

Se trata de soluciones jurídico-administrativas de urgencia a los cíclicos desbordamientos de inmigrantes en situación irregular en territorio español. A la primera operación extraordinaria de regularización de inmigrantes llevada a cabo por el gobierno español en 1985-1986, le han sucedido otros cuatro procesos de regularización (1991, 2000, 2001 y 2005). Por el número de inmigrantes regularizados —572.000 de las 700.000 solicitudes presentadas—, el proceso más importante ha sido el llevado a cabo durante el año 2005, y que a diferencia de los anteriores, se ha tratado de un proceso ex-

---

permanencia ha sido continuada siempre que las ausencias no hayan superado noventa días en ese período de tiempo. Instrucciones provisionales sobre el arraigo laboral. Ministerio de Trabajo y asuntos sociales.

<sup>24</sup> Se considerará relación laboral, a estos efectos, la que haya tenido lugar de forma continuada o no, con el mismo o diferente empleador, siempre que de forma acreditada su duración no sea, en conjunto, inferior a un año.

<sup>25</sup> Artículo 54 *d*) de la Ley Orgánica 4/2000.

<sup>26</sup> Artículo 312.2 del Código Penal.

clusivamente basado en el arraigo laboral. A este proceso de regularización se han acogido gran parte de los 16.850 súbditos marroquíes que han obtenido la autorización de residencia durante el primer trimestre del año 2006.

Con este último proceso de regularización, además de regularizarse la situación de miles de extranjeros que a partir de ahora dejarán de estar en una situación de absoluta exclusión social y jurídica, se ha conseguido aflorar gran parte de la economía sumergida basada en el abuso de la mano de obra extranjera, con el consiguiente restablecimiento de los derechos de los trabajadores, la libre competencia en el mercado, y el incremento de las afiliaciones a la seguridad social. No obstante, y a pesar de estas consecuencias que sólo pueden valorarse positivamente, la orientación exclusivamente laboral del proceso, dirigido, en última instancia a la lucha contra la economía sumergida, presupone una equiparación entre inmigrante indocumentado y mano de obra, olvidando que la inmigración indocumentada plantea una serie de dimensiones humanas que exceden a la inserción laboral y que, por tanto, no deberían abordarse desde esta única perspectiva<sup>27</sup>. De ahí la necesidad de que, una vez concluido el proceso de regularización extraordinario, se siga prestando una especial atención a los procesos de regularización ordinarios y por circunstancias excepcionales previstos en los artículos 45 y ss. del Real Decreto 2.393/2004.

#### **4. MEDIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS**

De acuerdo con su contenido gramatical, por tráfico ilegal de personas hay que entender «movimiento o tránsito de personas, por cualquier medio de transporte, al margen de lo dispuesto en las leyes». Con relación al tráfico ilegal de personas que se produce entre Marruecos y España, interesa especialmente el denominado *tráfico de indocumentados*, entendido como el tráfico de personas, —para su entrada, permanencia o salida de un país—, en violación fla-

---

<sup>27</sup> TORRES, F.: «La regularización extraordinaria. Luces y Sombras», *Página Abierta*, n.º 160, 2005, disponible en <http://www.pensamiento critico.org/frantor0605.htm>.

grante de la legislación interna y de las normas internacionales. Además de por las condiciones peligrosas e inhumanas a las que suelen someterse a los indocumentados por parte de los traficantes, la represión de estas conductas preocupa a los Estados en la medida en que generalmente implican la intervención de grupos de delincuencia organizada que han creado un nuevo mercado criminal consistente en el reclutamiento, traslado e introducción, generalmente con fines lucrativos, de una o más personas en el territorio de un Estado diferente al de su procedencia.

La lucha del Estado español contra el tráfico ilegal de personas viene marcada en gran medida por la normativa de la Comunidad Europea al respecto<sup>28</sup>, y se centra principalmente en la persecución administrativa y penal de este tipo de prácticas.

Junto a la regulación jurídica española frente al tráfico ilegal de personas, hay que tener en cuenta que también el Reino de Marruecos persigue penalmente este tipo de conductas, castigando el transporte organizado de personas para la entrada o salida clandestina de Marruecos con una pena de reclusión de quince a veinte años<sup>29</sup>, pudiendo llegar a reclusión perpetua si se produce el resultado muerte<sup>30</sup>.

#### 4.1. Las sanciones administrativas

El artículo 54 *b*) de la Ley Orgánica 4/2000 sanciona como infracción muy grave, con multa desde 1.000.001 hasta 10.000.000 de pesetas, el «Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español, siempre que el hecho no constituya delito».

Este precepto, enmarcado la lucha contra el tráfico ilegal de personas y explotación de seres humanos, y dirigido —en su origen— contra las redes organizadas para el tráfico de seres humanos, se extiende a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgáni-

---

<sup>28</sup> Véase ampliamente al respecto VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el Código Penal Español», en RODRÍGUEZ MESA/RUIZ RODRÍGUEZ (Coords.): *Inmigración y Sistema penal*, cit., pp. 69 y ss.

<sup>29</sup> *Ley de Marruecos*, n.º 02-03, artículo 52.5.

<sup>30</sup> *Ley de Marruecos*, n.º 02-03, artículo 52.6.

ca 14/2003 a «todas las personas» que con ánimo de lucro lleven acabo alguna de las conductas previstas por el precepto legal.

Pero a pesar de la ampliación de su ámbito de aplicación, la reforma sigue sin solucionar uno de los aspectos más controvertidos de este precepto: el de su compatibilidad con los delitos de los derechos de los ciudadanos extranjeros tipificado en el artículo 318 bis del Código Penal. Y ello, porque el principio de intervención mínima y el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal exigen que los bienes merecedores de protección penal sean tutelados únicamente contra las modalidades de agresión más graves y relevantes, rechazando una tutela uniforme e indiferenciada. Consecuentemente las infracciones administrativas habrán de quedar relegadas a los supuestos en los que el atentado contra el bien jurídico o interés protegido, por su menor gravedad o intensidad, no requiera protección penal.

No obstante, en el supuesto del artículo 54 b) de la Ley Orgánica 4/2000 la regla es la inversa. El precepto administrativo, al exigir que el sujeto activo actúe con ánimo de de lucro, precisa de un mayor desvalor que el requerido por el tipo básico del 318 bis CP. El legislador, no sólo ignora así la regulación penal, sino que además plantea importantes problemas, de difícil solución, en orden a la delimitación entre la infracción penal y la administrativa, y de imposible aplicación de esta última.

#### **4.2. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros**

Hasta la reforma introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 4/2000, la mayoría de los supuestos relativos al tráfico ilegal de personas podían ser reconducidos a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (Tít. VIII, Cap. V, art. 188.2 CP) cuando el tráfico de personas se favoreciera con el propósito de su explotación sexual; o a los delitos contra los derechos de los trabajadores (Tít. XV, art. 313.1 CP) cuando lo que se promueva o facilite sea la inmigración clandestina de trabajadores a España<sup>31</sup>.

Teniendo en cuenta la criminalidad que se mueve en torno al fenómeno de la inmigración clandestina, se echaba en falta la exis-

---

<sup>31</sup> Véase al respecto RODRÍGUEZ MESA, M. J.: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 30-35.

tencia de un tipo penal orientado a la protección del ciudadano extranjero frente a situaciones en las que pudieran verse seriamente comprometidos otros bienes jurídicos distintos a la libertad y a sus derechos como trabajadores. Ya en esa línea el Consejo de Naciones Unidas (Resolución 1995/10) había advertido que el tráfico de indocumentados seguía siendo una actividad muy extendida en la que con frecuencia participaban sindicatos internacionales muy organizados que traficaban con cargamento humano, sin tener en cuenta las condiciones peligrosas e inhumanas a las que se sometía a los indocumentados y en violación flagrante de las legislaciones internas y de las normas internacionales. Con el objetivo de acabar con ese tipo de situaciones se instaba a los Estados que aún no lo hubieran hecho a promulgar leyes penales nacionales para luchar contra todos los aspectos del tráfico ilegal de indocumentados.

El artículo 318 bis —introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 4/2000 y reformado por la Ley Orgánica 14/2003— vino a dar respuesta a esta exigencia comunitaria. No obstante, tanto de la redacción del precepto como de su ubicación sistemática, se deduce fácilmente que su objetivo primordial no es el de la tutela de los bienes jurídicos individuales del extranjero objeto de tráfico, sino el de proteger penalmente un espacio vital y libre de los abusos por parte de terceros —a los que puede dar lugar la situación de ilegalidad— que garantice que los extranjeros puedan vivir en una cierta y digna libertad al poder ejercer sus derechos. Desde esta perspectiva, podría admitirse que el precepto se enmarca en la protección de la dignidad de este colectivo especialmente vulnerable, pero difícilmente —dadas las connotaciones específicas de la dignidad<sup>32</sup> y la amplitud de las conductas típicas<sup>33</sup>— podría afirmarse la dignidad

---

<sup>32</sup> La dignidad se configura como un valor, superior a todos los demás, pero en definitiva un valor que como cualquier otro requiere de una base material, en este caso proporcionada por los derechos inherentes a la personalidad, que son con los que se protegen de forma positiva los distintos aspectos de la dignidad.

<sup>33</sup> Así, quienes reconocen en la dignidad el bien jurídico protegido por el tipo del artículo 318 bis basan su afirmación en la especial vulnerabilidad de este colectivo y en el hecho de haber sido convertidos en objeto de tráfico. En cuanto a lo primero, efectivamente se trata de proteger a un colectivo especialmente vulnerable de abusos, pero en la medida en que esa vulnerabilidad viene provocada en gran parte por la regulación jurídica al respecto, de lo que se trata es de garantizar la titularidad y efectivo disfrute

del colectivo de extranjeros que pretenden entrar o permanecer de forma ilegal o clandestina en territorio español como bien jurídico protegido por el tipo penal<sup>34</sup>.

Por otra parte, es obvio que la exclusiva referencia del art. 318 bis a los extranjeros, sólo puede entenderse en el marco de la política comunitaria de extranjería basada principalmente en la lucha contra la inmigración clandestina y el tráfico de inmigrantes clandestinos a Europa. Si el legislador español efectivamente hubiera querido proteger los derechos de las personas frente a las conductas de tráfico ilegal no la habría limitado, exclusivamente, a quienes puedan ser infractores de la normativa de inmigración, sino que la habría extendido a todas las personas, con independencia de que fueran nacionales o extranjeros, y en este último caso, al margen de su situación jurídica<sup>35</sup>.

El tipo básico castiga con pena de prisión de cuatro a ocho años al 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». Se trata de un tipo abierto en el que se castiga a título de autoría prácticamente cualquier conducta relacionada con el tráfico ilegal de personas o la inmigración clandestina.

Para que la conducta sea típica el tráfico de personas ha de ser «ilegal» o «clandestino». Si, desde la base del bien jurídico protegido, es la situación irregular del sujeto la que determina en última instancia la imposibilidad de acceder a los derechos reconocidos a los extranjeros por el ordenamiento jurídico español, por tráfico ilegal habrá que entender el desplazamiento de individuos realizado al margen de la normativa vigente sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros del territorio español. En este sentido, y aunque no se trata técnicamente de una norma penal en blanco, se está ante un supuesto de accesoriedad conceptual, en el que la correcta de-

---

de los mismos. En cuanto al objeto de comercio, en la medida en que le tipo básico no exige ánimo de lucro no tiene porque tratarse de objeto de comercio.

<sup>34</sup> Sobre el bien jurídico protegido véase RODRÍGUEZ MESA, M. J.: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, cit., pp. 45-55.

<sup>35</sup> CUGAT, M.: «Sujetos protegidos por el delito del tráfico de personas del artículo 318 bis del Código Penal», en RODRÍGUEZ MESA/RUIZ RODRÍGUEZ (Coords.): *Inmigración y Sistema Penal*, cit., pp. 204, 221 y 222.

limitación de la acción típica exige remitirse a lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley Orgánica 4/2000.

El número 2 del precepto castiga con las penas de cinco a diez años de prisión, los supuestos en los que el tráfico ilegal de personas tenga como propósito su explotación sexual. Con respecto a los niños se considera «explotación sexual», las conductas consistentes en persuadir o coaccionar a un niño para participar en cualquier actividad sexual ilícita; la explotación de niños mediante la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; y la explotación de niños para actuaciones y material pornográficos, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de material de este tipo, y la posesión de dicho material. Con respecto a un adulto, se considera explotación sexual su explotación mediante la prostitución<sup>36</sup>, aún con su consentimiento.

Hasta la reforma efectuada por la Ley Orgánica 4/2003, el tráfico ilegal de extranjeros con el propósito de su explotación sexual encontraba respuesta en el artículo 188.2 del Código Penal, concretamente entre los delitos relativos a la prostitución. En este aspecto concreto la reforma del artículo 318 bis con la consiguiente derogación del artículo 188.2 ha de ser valorada positivamente ya que, además de dar una adecuada respuesta desde la perspectiva sistemática —el tráfico ilegal de personas para su explotación sexual es ante todo tráfico ilegal de personas—, permite, en su caso, acudir a las reglas del concurso con el delito de favorecimiento a la prostitución previsto en el artículo 188.1 del Código Penal.

El número tercero del artículo 318 bis prevé la imposición en su mitad superior de las penas previstas en los dos números anteriores cuando las conductas se realicen con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de necesidad 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.

Al referirse el precepto a «los que realicen las conductas descritas en el número anterior», sólo es aplicable a quienes hayan colaborado al tráfico ilegal de personas en alguno de los modos descritos en el tipo básico. Aunque el delito de tráfico ilegal de personas se consuma desde el momento en que se pone en marcha el desplazamiento, y con independencia de que el sujeto pasivo haya conse-

---

<sup>36</sup> Acción Común de 24 de febrero de 1997.

guido entrar o salir de España, al tratarse de un delito con efectos permanentes en el tiempo las circunstancias pueden concurrir incluso una vez consumado el delito. De entenderlo de otro modo, apenas tendrían virtualidad las consistentes en utilizar violencia o intimidación, pues generalmente quien sale de su país para emigrar a otro lo hace voluntariamente.

Ahora bien, en el caso de que la circunstancia concorra una vez consumado el delito será preciso que el autor de la misma haya participado en la conducta de tráfico, pues en caso contrario devendrán en aplicación otros tipos penales como pueden ser las amenazas, estafa, coacciones o lesiones, pero en modo alguno el delito que se viene analizando.

El fundamento material de la agravación de la pena por la existencia de *ánimo de lucro* en los supuestos específicos de tráfico de personas reside fundamentalmente en el incremento que supone para el desvalor del injusto la utilización de las personas como mercancía, como mero objeto de negocio. Desde esta perspectiva, el ánimo de lucro ha de ser equiparado exclusivamente al beneficio o utilidad material que consigue o espera conseguir el autor con la realización de la conducta típica.

Sin duda la cualificación será aplicable cuando el beneficio material que pretende obtener el autor provenga directamente del hecho del desplazamiento en sí. Pero también en aquellos supuestos en los que el sujeto activo, con afán lucrativo y dentro de un plan preorganizado, tenga como función la de facilitar la permanencia ilegal del ciudadano extranjero en el país de recepción o de tránsito, ya que este tipo de actos tiene perfecta cabida en la conducta consistente en facilitar el tráfico de personas.

El empleo de *violencia, intimidación o engaño* viene a precisar en gran medida la vaguedad con la que han quedado redactadas las conductas típicas en el tipo básico. Se trata en este caso de circunstancias objetivas y materiales, referidas a los medios empleados para la comisión de la conducta típica.

La exigencia de violencia o intimidación en un determinado tipo penal suele establecerse en una relación de medio a fin respecto de la conducta nuclear o del resultado que se pretende evitar. Así, en el delito de robo, la violencia o intimidación ha de ser utilizada para apoderarse del objeto, y en la violación o las agresiones sexuales para vencer la resistencia de la víctima respecto de su libertad sexual. Desde esta perspectiva habría que entender que la violencia o inti-

midación relevante a los efectos del artículo 318 bis 3 Código Penal sería la llevada a cabo con al ánimo de quebrar la resistencia de la víctima respecto del desplazamiento ilegal.

Ahora bien, si se tiene en cuenta, por una parte, que el tráfico ilegal de personas sigue desplegando sus efectos incluso una vez consumado el delito —mientras que la víctima se encuentra en situación de ilegalidad—, y por otra, que la violencia o intimidación referida a estas conductas suele emplearse una vez que se ha producido el desplazamiento, existen argumentos suficientes, tanto dogmáticos como político-criminales, para mantener que la violencia o intimidación no tiene porqué estar orientada en todo caso al hecho del desplazamiento, sino que es suficiente con que esté conectada con el mismo. Entender este requisito exclusivamente en su sentido finalista, como medio de realizar la conducta típica, reduciría extremadamente su ámbito de aplicación práctica.

El abuso, por parte del autor, de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima presupone la existencia de una desigualdad objetiva en que actúan el traficante y el inmigrante, siendo necesario para apreciar la agravación que aquél conozca tal situación y abuse de la misma.

En cualquier caso el abuso, entendido como aprovechamiento de la situación existente, ha de ser probado, no siendo suficiente la mera constatación de la situación de inferioridad o especial vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima. Así habrá que apreciar la cualificación cuando el traficante, consciente de la situación de superioridad en la que se encuentra respecto de la víctima, se prevalezca de tal desigualdad para imponer, el precio u otras condiciones abusivas, entendidas en el sentido de excesivas, injustas o indebidas.

El fundamento de la agravación en los supuestos en los que la víctima sea menor de edad o incapaz reside en la especial vulnerabilidad de los menores e incapaces, por lo que la referencia expresa a estos colectivo, al margen de la especial vulnerabilidad de la víctima, sólo puede entenderse como una presunción *iuris tantum* con respecto a la cual no será necesario probar la relación de desigualdad entre traficante y víctima a la se aludía anteriormente.

Por último, y teniendo en cuenta las condiciones en las que suele llevarse a cabo el tráfico ilegal de personas el legislador prevé la imposición de un marco penal agravado en el que, junto al desvalor que supone para los derechos de los ciudadanos extranjeros las con-

ductas de tráfico ilegal, se tiene también en cuenta el desvalor que para otros bienes jurídicos fundamentales representa su puesta en peligro. La apreciación de esta circunstancia exige la presencia de un resultado consistente en la creación de una situación de riesgo para un bien jurídico concreto e individualizado. La necesidad de que se haya provocado esa concreta situación de peligro para los bienes jurídicos contemplados en el precepto requiere la prueba específica de que el peligro se dio en el caso concreto, sin que este pueda presumirse como ligado a ciertas conductas consideradas *ex ante* como peligrosas<sup>37</sup>.

Además de las penas previstas en los tres primeros apartados, el n.º 4.º del artículo 318 bis contempla la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años para quienes realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. La apreciación de este tipo cualificado requiere que las funciones del cargo del que se prevale el sujeto sean idóneas para ser utilizadas ilícitamente, y que utilice efectivamente las ventajas que el cargo le proporciona para facilitar el éxito de la operación.

Cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, dedicada al tráfico ilegal de personas, el n.º 5 del artículo 318 bis prevé la imposición de las penas superior en grado a las previstas en los números anteriores junto con la inhabilitación especial para oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, pudiéndose elevar a la inmediatamente superior en grado. Además, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las medidas previstas en el artículo 129 del Código Penal.

La referencia a la transitoriedad de la asociación pone de manifiesto que lo que trata de perseguirse es el aprovechamiento de redes estructuradas que actúen en el caso concreto, con independencia de su duración en el tiempo<sup>38</sup>. En todo caso, el régimen de transitoriedad no es incompatible con la exigencia de estabilidad

---

<sup>37</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: *Curso de Derecho Penal*, PG, cit., p. 284.

<sup>38</sup> VALLE MUÑIZ, J./MORALES GARCÍA, O.: «Tratamiento jurídico penal del tráfico ilegal de drogas tóxicas» en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 1.052.

temporal, que operará como referente distintivo de la puesta en común de los sujetos.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en relación al artículo 369.6 del Código Penal, de estructura similar al que ahora se comenta, ha manifestado que «No basta que haya una codelinquencia, es decir, varias personas responsables de este delito por su acción conjunta para que tenga que aplicarse esta agravación»<sup>39</sup>. Pese al carácter transitorio de la organización, el Tribunal Supremo sigue exigiendo el elemento de vocación de continuidad y permanencia en el tiempo, otorgándole la máxima importancia junto al elemento de la estructura jerárquica<sup>40</sup>. Es necesario que esta pluralidad de personas previamente puestas de acuerdo para la comisión del delito se encuentren coordinadas entre sí, normalmente con una estructura jerárquica, con distintas tareas encomendadas a cada uno de los partícipes que no tienen por que ser siempre las mismas para cada persona, todo ello con una cierta duración o permanencia en el tiempo, pues no basta una o muy pocas actuaciones esporádicas. Y todo ello con independencia de que la organización se mueva en un amplio espacio geográfico, ni tampoco que tenga un organigrama complejo tipo mafia, ni menos aún que se adopte una determinada forma jurídica que sirva de fachada para tapar estas actividades que necesitan de la clandestinidad para poder ser más eficaces y burlar así mejor la vigilancia de los distintos Estados, así como que tampoco se excluye esta especial figura delictiva por el hecho de que la misma organización se dedique además a otras actividades ilícitas.

A diferencia de la regulación anterior que, a efectos de pena, ignoraba la naturaleza de la aportación personal del sujeto, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2003, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 515 del Código Penal, prevé una pena superior para los jefes, organizadores o encargados de la organización o asociación.

Por último, la Ley Orgánica 11/2003 incorpora en el apartado 6.º un tipo atenuado en cuya virtud, los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada. Con la introducción de esta atenuación se pretende atemperar, en cierta medida, la

---

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1998.

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1988.

gravedad de las penas previstas por el legislador, que por el juego de las agravaciones en cascadas pueden llegar, incluso, a los veintidós años y seis meses de prisión, cuando el artículo 36.1 del Código Penal establece, como regla general, una duración máxima de veinte años para la pena de prisión.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASOCIACIÓN PRO-DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA: *Derechos Humanos en la Frontera Sur*, 2007. <http://www.apdha.org/media/informeinmigr07.pdf>.
- CUGAT MAURI, M.: «Sujetos protegidos por el delito del tráfico de personas del artículo 318 bis del Código Penal», en RODRÍGUEZ MESA/RUIZ RODRÍGUEZ (Coords.): *Inmigración y Sistema Penal. Retos y Desafíos para el Siglo XXI*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.
- DE LUCAS, J., «El marco jurídico de la inmigración. Algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000», en *Jueces para la Democracia*, 2000(38).
- GABELLA MAROTO, F.: «Control de Fronteras», *Inmigración: Desafíos y Riesgos actuales*, Análisis del Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior, UNED, junio/julio 2005.
- HEREDIA PUENTE, M., y FÁBREGAS RUIZ, C.: «Algunas cuestiones sobre la expulsión en el Derecho de extranjería español», *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 3, 1996.
- IZQUIERDO ESCRIBANO (Dir.): *Demografía de los extranjeros. Incidencia en el crecimiento de la población*, Fundación BBVA, Madrid, 2007.
- MAQUEDA ABREU, M. L.: *El tráfico sexual de personas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- NAVARRO CARDOSO, F.: «Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Revista Penal*, 2002, n.º 10.
- NÚÑEZ CALVO, J.: «La Guardia Civil frente a la inmigración irregular. Cádiz, una experiencia a pie de playa», <http://www.uned.es/investigacion/publicaciones/Cuadernillo%20INMIGRACION%203.pdf>.
- PÉREZ CEPEDA, A.: *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2004.
- RODRÍGUEZ MESA, M. J.: «El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Cuestiones instrumentales y simbólicas», en PÉREZ ÁLVAREZ (Ed.): *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004.
- RODRÍGUEZ MESA, M. J.: «El tráfico ilegal de personas. Especial consideración a su tratamiento en el Ordenamiento Jurídico Español», *Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, n.º 5-6, 2003.
- RODRÍGUEZ MESA, M. J.: «La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica», en RODRÍGUEZ MESA/RUIZ

- RODRÍGUEZ (Coord.): *Inmigración y Sistema Penal. Retos y Desafíos para el Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- RODRÍGUEZ MESA, M. J.: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- TORRES, F.: «La regularización extraordinaria. Luces y Sombras», *Página Abierta*, n.º 160, 2005, disponible en <http://www.pensamiento critico.org/frantor0605.htm>.
- VALLE MUÑIZ, J., y MORALES GARCÍA, O.: «Tratamiento jurídico penal del tráfico ilegal de drogas tóxicas», en QUINTERO OLIVARES (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «El “nuevo” delito de tráfico de personas», *La Ley*, 26-feb-2004.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el Código Penal Español», en RODRÍGUEZ MESA/RUIZ RODRÍGUEZ (Coords.): *Inmigración y Sistema penal. Retos y Desafíos para el Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.