

EGUZKILORE

Número 21.
San Sebastián
Diciembre 2007
273 - 297

LA PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN DELICTIVA EN EL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS: COLABORACIÓN EN SU DESMANTELAMIENTO COMO ALTERNATIVA A LA EXPULSIÓN

Virginia MAYORDOMO RODRIGO

Profesora de Derecho Penal
Universidad del País Vasco
San Sebastián

Resumen: El tráfico de mujeres con fines de explotación sexual es un fenómeno que corre parejo al incremento de la inmigración ilegal, conformándose como una variante de un fenómeno más amplio que se define como tráfico de seres humanos. Tras el examen de los instrumentos para la erradicación de la trata de personas y el tráfico ilegal de migrantes, se analiza el fenómeno del tráfico de personas por parte de grupos organizados, así como la incidencia en España de la delincuencia organizada. Igualmente se reflexiona sobre la posibilidad de considerar la colaboración contra las redes organizadas como una alternativa a la expulsión.

Laburpena: Sexualki ustiatzeko helburuarekin burutzen den emakumeen trafikoak, legez kanpoko inmigrazioaren gehikuntzarekin erlazioa duen fenomenoa da, eta gizabanakoen trafiko bezala definitzen den egoera zabal batean, sahisbide moduan konformatzen da. Gizakien salerosketa eta migratzaileen legez kanpoko trafikoa erazteko behar diren tresnak aztertu eta gero, pertsonen trafikoan dauden talde antolatuen hausnarketa burutzen da eta delinkuentzia antolatua Espainian duen intzidentzia ere. Era berean sare antolatuekin lankidetzan aritzeko aukera kontutan hartzen da, kanporatzearen alternatiba bezala.

Résumé: La traite de femmes à des fins d'exploitation sexuelle est un phénomène qui va de pair avec l'augmentation de l'immigration irrégulière, comme une variante du phénomène plus large de la traite des êtres humains. Après l'examen des instruments adoptés en vue de l'éradication de la traite des personnes et des migrants, on analyse le phénomène de la traite des personnes par des groupes criminels organisés, ainsi que l'incidence en Espagne de la délinquance organisée. On opère également une réflexion sur la possibilité de considérer la collaboration contre ces réseaux criminels comme une alternative à l'expulsion.

Summary: The traffic of women for sexual exploitation is a phenomenon that runs jointly with the increase of illegal immigration, constituting a variant of a larger phenomenon defined as trade of human beings. After examining the instruments for the eradication of the trade of human beings and traffic of migrants, the phenomenon of the trade of human beings by organized groups is analyzed, as well as the effect in Spain of organized delinquency. The possibility of considering an alternative to the expulsion the collaboration against the organized crime networks is also examined.

(Nota): Contribución a las Jornadas sobre "Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima", San Sebastián, 14-15 diciembre 2007 (con la colaboración de la Dirección de Inmigración del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco).

Palabras clave: Criminología, migración irregular, tráfico de personas, delincuencia organizada Ley de extranjería.

Gako hitzak: Kriminologia, migrazio irregularra, pertsonen trafikoa, delinkuentzia antolatua, atzerritarrei buruzko legea.

Mots clef: Criminologie, migration irrégulière, traite des personnes, délinquance organisée, Loi sur les étrangers.

Key words: Criminology, Irregular migration, Trade of human beings, Organized delinquency, Foreigners Law.

I. MIGRACIÓN IRREGULAR Y TRÁFICO DE PERSONAS

El aumento de los flujos de migración irregular se debe en buena medida a la tendencia de los países desarrollados a cerrar sus fronteras a la llegada de inmigrantes por miedo a que éstos puedan desequilibrar la balanza de su desarrollo económico. De este modo se genera un efecto criminalizador de fenómenos considerados en otra época normales¹. Pero el más importante factor que explica la actual relevancia de las migraciones ilegales y del tráfico de personas es la delincuencia organizada, convertida en uno de los grandes retos del Derecho Penal de hoy².

El tráfico de mujeres con fines de explotación sexual es un fenómeno que corre parejo al incremento de la inmigración ilegal. Es también una variante de un fenómeno más amplio que se define como tráfico de seres humanos.

Desde que la *Convención para la Supresión del Tráfico de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949* entró en vigor³, los criminales han organizado nuevas formas de tráfico, como el tráfico de mujeres y niños a través de la industria de la compra de novias por correspondencia y el turismo sexual. La explotación sexual infantil ha crecido de forma alarmante en muchos países, pero especialmente en Asia y en América Latina.

Todos los países del mundo, prácticamente sin excepciones, son tocados de algún modo por el tráfico de seres humanos. Así lo revela un informe de las Naciones Unidas presentado en Viena en 2005⁴.

Una de las mayores dificultades para el estudio del problema reside en la falta de datos sobre su entidad. Resulta extremadamente difícil determinar la cantidad de personas afectadas por la trata humana en el mundo.

España, desde los años 80, ha dejado de ser generador de emigración, pasando a convertirse en un importantísimo punto de entrada de inmigrantes en la Unión Europea.

1. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2007. El estado de los derechos humanos en el mundo*, p. 17. <http://thereport.amnesty.org/document/172>.

2. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona., 2002, p. 23.

3. El 25 de julio de 1951.

4. Vid. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUG AND CRIME (UNODC), *Trafficking in Persons. Global Patterns*, Viena, 2005.

El fenómeno migratorio comienza a constituir una preocupación acuciante también para el Derecho Penal. Las causas pueden hallarse en el número cada día mayor de inmigrantes ilegales que tratan de entrar en nuestro país, las condiciones infrahumanas en que se producen dichos intentos, el número de muertos⁵ que jalonan la continuidad de esta actividad⁶, y las cantidades que se manejan como precio para acceder a la entrada ilegal en España, sea como destino definitivo de las personas sometidas a tráfico, sea como lugar de tránsito hacia otros países de la Unión Europea.

Los inmigrantes “sin papeles” se convierten en sujetos pasivos especialmente idóneos de numerosos delitos, y el primer ámbito de riesgo penalmente relevante para ellos se produce precisamente en el propio acto de la inmigración, donde a menudo existen redes más o menos organizadas y personas individuales dedicadas al tráfico ilegal de personas. Por su parte, las mafias organizadas obtienen enormes beneficios económicos aprovechando la situación de necesidad de estas personas y en condiciones de alto riesgo para su vida, su integridad y su dignidad⁷.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que las situaciones de marginación y clandestinidad favorecen determinadas formas de delincuencia⁸.

II. INSTRUMENTOS PARA LA ERRADICACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS Y EL TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES

1. De ámbito universal

Las diversas organizaciones internacionales son conscientes de la vulnerabilidad de la que son objeto las personas migrantes, especialmente las mujeres y los niños.

En su *Resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000*, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la *Convención contra la Delincuencia Transnacional*

5. En 2007, con apenas 10 días de diferencia se produjeron dos tragedias en aguas del Atlántico. El miércoles 24 de octubre, un pesquero español encontró en el límite de la zona económica exclusiva de Cabo Verde, un cayuco con un único superviviente, tras haber muerto de sed 56 inmigrantes. Llevaban 20 días sin agua, sin alimentos y perdidos en el mar. Nada más partir, el patrón de la embarcación –único superviviente– descartó poner rumbo norte, directo a las islas Canarias para evitar ser detectado por las patrulleras hispano-mauritanas que vigilan las costas africanas dentro del programa *Frontex* de la Unión europea contra la inmigración ilegal.

Y el lunes 5 de noviembre, un destacamento del Ejército de Tierra mauritano localizó un cayuco a escasos metros de la costa norte de Cabo Blanco (en la frontera entre el Sáhara Occidental y Mauritania) con 102 supervivientes a bordo. Sin agua dulce ni alimentos suficientes, bajo un terrible frío nocturno y un sol casi ecuatorial, los inmigrantes fueron muriendo durante los 14 días que estuvieron a la deriva. Fallecieron 50 personas. DIARIO VASCO, 26 de octubre de 2007, p. 13 y 7 de noviembre de 2007, p. 13.

6. En 2006, murieron ahogadas o desaparecieron en el mar 6.000 personas africanas en su intento de alcanzar Europa. Otras 31.000 –cifra seis veces mayor que en 2005– llegaron a las Islas Canarias.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2007*, op. cit., p. 17.

7. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Ley de Extranjería y Derecho Penal”, *La Ley*, nº 5261, pp. 1736-1737.

8. ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración”, en LAURENZO COPELLO, P. (coord.), *Inmigración y Derecho Penal: bases para un debate*, Valencia, 2002, p. 56.

*Organizada*⁹ (*Convención de Palermo*), y tres Protocolos que la complementan. Dos de ellos nos interesan: el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños* y el *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*.

La *Convención* constituye el primer tratado internacional contra el crimen organizado y representa además un gran avance para que los Estados puedan responder y combatir el crimen organizado transnacional. Tiene por finalidad promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

El *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños*¹⁰ ofrece herramientas para agentes del orden público, control fronterizo y poder judicial, obligando a los Estados a penalizar la trata, apoya la responsabilidad de los Estados de investigar, sancionar y juzgar a tratantes y establecer sanciones apropiadas para acusados de trata de personas. Establece una definición de trata de personas que está claramente vinculada con la explotación y esclavitud, enfatizando la vulnerabilidad de las mujeres y los niños.

En cuanto al *Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*¹¹, su objetivo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, y promover la cooperación entre los Estados parte, protegiendo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico.

2. De ámbito regional

El 15 y 16 de octubre de 1999, el Consejo Europeo¹² celebró una sesión especial en Tampere (Finlandia), sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, con el objetivo de lograr una Unión Europea abierta y segura, plenamente comprometida con las obligaciones que emanan de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y otros instrumentos pertinentes en materia de derechos humanos, y capaz de responder de forma solidaria a necesidades de tipo humanitario.

9. En diciembre de 2000, 148 países se reunieron en Palermo (Italia) para asistir a una conferencia para la firma por parte de los Estados de la nueva Convención. De los 148 países presentes, 121 firmaron la Convención. Ratificada por España el 21 de febrero de 2002, entró en vigor el 29 de septiembre de 2003.

10. Nueva York, 15 de noviembre de 2003. Ratificada por España el 21 de febrero de 2002, entró en vigor el 25 de diciembre de 2003. A partir de mayo de 2004, 117 Estados son signatarios y 50 han ratificado este Protocolo.

11. Ratificado por España el 21 de febrero de 2002, entró en vigor el 28 de enero de 2004.

12. Se llama Consejo Europeo a las reuniones regulares de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea. Su objetivo es dar a la Unión Europea los impulsos necesarios para su desarrollo y definir las orientaciones y prioridades políticas generales. No ejerce función legislativa alguna.

El Consejo Europeo se reúne al menos dos veces al año y el Presidente de la Comisión Europea es miembro de derecho. Está presidido por el Estado miembro que ejerce la Presidencia de la Unión Europea según un orden preestablecido.

Proclamó la decisión del Consejo Europeo a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen, en especial luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y a la explotación económica de los migrantes. Instó a que se adoptara una legislación que previera sanciones rigurosas para este grave delito. Se invitó al Consejo¹³ a adoptar, basándose en una propuesta de la Comisión, legislación a tal efecto antes de finales de 2000, debiendo salvaguardarse los derechos de las víctimas de esas actividades, prestando especial atención a los problemas de mujeres y niños.

Exhortó a sacar el máximo provecho de la cooperación entre las autoridades al investigar la delincuencia transfronteriza en cualquier Estado miembro, haciendo un llamamiento para crear sin demora equipos conjuntos de investigación, tal como se contempla en el Tratado, como primer paso para luchar contra la trata de seres humanos, entre otros delitos.

Tras la adopción por el Consejo de la *Acción Común*¹⁴ 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños¹⁵, se incrementaron las iniciativas a nivel nacional y regional.

Con la *Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI)*, la Comisión ha querido completar los instrumentos destinados a la lucha contra la trata de seres humanos.

La *Directiva*¹⁶ 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares tiene por tarea definir la ayuda a la inmigración clandestina y hacer más eficaz la aplicación de la *Decisión marco 2002/946/JAI* con el fin de impedir dicha infracción, precisando los supuestos eximentes. Complementa otros instrumentos adoptados para combatir la inmigración clandestina, el empleo ilegal, la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.

La *Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (2002/946/JAI)* surge con la finalidad de erradicar la ayuda a la inmigración clandestina y complementa otros instrumentos adoptados con el fin de

13. El Consejo de la Unión Europea («Consejo de Ministros» o «Consejo») es la principal instancia decisoria de la Unión Europea. Está formado por los ministros de los Estados miembros y es, por tanto, la institución de la Unión en la que están representados los Gobiernos de los Estados miembros. El Consejo ejerce, junto con el Parlamento, las funciones legislativas y presupuestarias. Cada país de la Unión Europea ejerce la Presidencia, por rotación, por un período de tiempo de seis meses.

14. La Acción Común es un instrumento jurídico del antiguo título VI del Tratado de la Unión Europea y se utilizó entre 1993 y 1999. Este término designaba una acción coordinada de los Estados miembros, en nombre o en el marco de la Unión, cuando los objetivos de la Unión podían salir más beneficiados mediante una acción conjunta que mediante la actuación de los Estados miembros de forma aislada, debido a las dimensiones o a los efectos de la acción prevista. El Tratado de Amsterdam suprimió la acción común, sustituyéndola por «decisiones» y «decisiones marco».

15. La Decisión Marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, en su Considerando (10) deja sin aplicación la Acción común.

16. La Directiva obliga al Estado miembro en cuanto al resultado que deba obtenerse, exige una transposición al ordenamiento jurídico nacional y deja cierta libertad en cuanto a la forma y los medios de su aplicación.

combatir tanto ésta como la inmigración clandestina, el empleo ilegal, la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños¹⁷. Pretende aproximar las disposiciones jurídicas existentes, estableciendo para ello normas mínimas para las sanciones, la responsabilidad de las personas jurídicas y la competencia.

3. En España

3.1. Organismos policiales contra el tráfico de personas y la delincuencia organizada

En lo que se refiere a los organismos administrativo-policiales en España con competencias en materias relacionadas con la delincuencia organizada, recordemos que la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado, y su mantenimiento corresponde al Gobierno. Sólo limitadamente participan de esa función las Comunidades autónomas y las Corporaciones locales. A la Secretaría de Estado de Seguridad le corresponde el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Policía Nacional y Guardia Civil)¹⁸.

Dentro de la Dirección General de la Policía, la Comisaría General de Policía Judicial tiene encomendada la investigación y persecución de las infracciones supraterritoriales, especialmente la delincuencia organizada.

En el seno de la Dirección General de la Guardia Civil, las competencias para la organización y gestión de la investigación y persecución de los delitos y faltas, en general, pertenecen a la Jefatura de Información y Policía Judicial.

Dentro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado existen unidades especializadas en la investigación y persecución de las complejas actividades del crimen organizado, tanto en el seno del Cuerpo Nacional de Policía como de la Guardia Civil.

Las Unidades de Droga y Crimen Organizado (UDYCO) dedicadas a la investigación del tráfico de drogas y el crimen organizado en general, se crean en el seno del Cuerpo Nacional de Policía en enero de 1997. En colaboración con la UDYCO la UDEV (Unidad de Delincuencia Especializada y Violenta) se crea por el Ministerio del Interior el 18 de enero de 2005 el Grupo de Respuesta Especial contra el Crimen Organizado (GRECO).

Dentro de la Guardia Civil, en 2001 se crea la Unidad Central Operativa (UCO) dependiente de la Jefatura de Información y Policía Judicial, con la misión de investigar y perseguir asuntos relacionados con la delincuencia organizada internacional¹⁹.

En materia de tráfico ilegal de personas, a la Dirección General de la Policía le corresponde dirigir, organizar y controlar el cumplimiento de lo dispuesto en materia de

17. Considerando (5).

18. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, 2005, pp. 299-300.

19. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *op. cit.*, pp. 299-300.

extranjería²⁰, y dentro de ella, a la Comisaría General de Extranjería y Documentación, dependiente de la Subdirección General Operativa, la prevención, persecución e investigación de las redes de inmigración ilegal. A partir de 2001, dentro de esta Comisaría se sitúa la Unidad contra las Redes de Inmigración y Falsedad Documentales, quien llevará la investigación de las actividades delictivas relacionadas con el tráfico de personas, la inmigración ilegal y las falsedades documentales en esta materia.

Asimismo, dentro de la Dirección General de la Guardia Civil, la Jefatura Fiscal y de Fronteras, dependiente de la Subdirección General de Operaciones, se ocupa de las actuaciones concernientes a evitar y perseguir todo tipo de tráfico ilícitos, lo que incluye el de personas, así como a controlar la inmigración irregular, ya que le corresponde en general la custodia y vigilancia de las costas, fronteras, puertos, aeropuertos y mar territorial²¹.

Desde 2004 a 2007 se ha reforzado el personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dedicado específicamente al control fronterizo y la lucha contra la inmigración ilegal, que ha pasado de 10.239 policías y guardias civiles a finales de 2003 a 12.771 a finales de 2007 (un incremento del 24,7%).

En lo que se refiere a la vigilancia del litoral, hasta el año 2004, el Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE)²² se había instalado en Algeciras, Fuerteventura, Cádiz (parcial), Málaga, Ceuta y Granada. Desde el año 2005 se ha desplegado en Almería, Lanzarote, Huelva, Gran Canaria, y se ha producido una ampliación en Cádiz. Se encuentra en fase de ejecución el despliegue del SIVE iniciado en 2007 –para su finalización en 2008– en: Tenerife, La Gomera y El Hierro. También iniciado en 2007 para su finalización en 2009, se encuentra en fase de ejecución el despliegue en Valencia, Alicante, Murcia e Ibiza. Cuenta con estaciones sensoras y unidades móviles de vigilancia²³.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado identificaron a 295 delincuentes cuando pretendían entrar en España a través de algún vuelo con origen fuera del espacio Schengen. Estas identificaciones, y la posterior actuación policial, ha sido posible gracias a la progresiva puesta en funcionamiento el 19 de marzo de 2007 del sistema de Información Avanzada de Pasajeros (sistema API, por sus iniciales en inglés: *Advanced Passenger Information*), que obliga a las compañías de transportes a facilitar

20. Conforme a lo dispuesto en la *Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, en su art. 12.1.A). b) y c).

21. Conforme a lo dispuesto en el art. 4.7.d) del *Real Decreto 1599/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior*. B.O.E. núm. 160, de 3 de julio de 2004. Véase acerca de los organismos administrativo-policiales con competencias en materia de crimen organizado y tráfico ilegal de personas SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *op. cit.*, pp. 296-298 y 301.

22. Tiene la misión de detectar a larga distancia las embarcaciones que se aproximen al litoral español, identificar el tipo de embarcación y a sus tripulantes con el fin de comprobar la posible actuación ilegal de los mismos, coordinar el seguimiento 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. www.guardiacivil.org/prensa.actividades

23. *Balance del Ministerio de Interior sobre inmigración ilegal en 2007*. www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Ultimo.

al Ministerio del Interior los datos de todos aquellos pasajeros que utilicen rutas cuyo origen se encuentra fuera del espacio Schengen²⁴. Desde entonces, 94 compañías aéreas y cinco navieras ya aportan al Ministerio del Interior los datos de los pasajeros que utilizan sus rutas internacionales. Los transportistas remiten esos datos a través de un sistema informático desarrollado específicamente para este fin y lo hacen una vez que finaliza el embarque de los pasajeros y antes de la salida del medio de transporte.

Entre marzo y finales de octubre, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado analizaron la información de 59.035 vuelos y 2.377 transportes marítimos y comprobaron los datos de 9.378.280 pasajeros. De este modo se ha detectado e impedido la entrada en España de 295 personas contra las que constaba algún tipo de requisitoria o señalamiento vigente. Igualmente, la información analizada ha permitido poner en marcha investigaciones relacionadas con el terrorismo y con la delincuencia organizada²⁵.

3.2. La Ley de Extranjería

En España, hasta la entrada en vigor de la llamada *Ley de Extranjería (LO 4/2000 de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social)*²⁶, regía la muy exigua *LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*, que aparecía como un texto orientado de forma prioritaria a la mera ordenación administrativa de los requisitos de entrada y estancia en nuestro país. A través de la Disposición final segunda de la *Ley 4/2000*, se introdujo en el Código Penal el nuevo Título XV bis referido a los “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, con un único artículo: el 318 bis.

Antes de haber transcurrido un año, la *Ley de Extranjería* es reformada por la *Ley 8/2000, de 22 de diciembre*²⁷, al haberse detectado “durante su vigencia aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma”²⁸. En la actualidad, su normativa está desarrollada por el Reglamento, aprobado por *Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*.

El actual texto es producto de las modificaciones operadas en la *Ley* también por las *Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre*, y la *14/2003, de 20 de noviembre*.

La llamada *Ley de Extranjería*, lejos de configurarse estrictamente como una ley administrativa, incide prácticamente en todas las ramas del Derecho, especialmente en el ordenamiento penal.

24. El Acuerdo de Schengen tiene como objetivo finalizar con los controles fronterizos dentro del Espacio Schengen –formado por la mayoría de Estados miembros de la Unión– y armonizar los controles fronterizos externos. A partir del 21 de diciembre de 2007, el llamado Espacio Schengen, la zona donde se ha establecido la libre circulación absoluta de los ciudadanos y viajeros “de buena fe” llega desde Algeciras hasta la frontera entre Estonia y Rusia, sin pasaporte ni controles, salvo los ordinarios de identidad que se apliquen a todos los ciudadanos. Los nueve países que han abierto sus fronteras desde esta fecha son: Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, Hungría, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia y Malta. El 1 de enero de 2007 Bulgaria y Rumanía habían entrado a formar parte de la Unión Europea.

25. *Balance del Ministerio de Interior sobre inmigración ilegal en 2007*. www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Ultimo

26. BOE de 12 de enero de 2000.

27. BOE de 23 de diciembre de 2000.

28. Vid. Exposición de Motivos de la *Ley 8/2004*.

3.3. El art. 318 bis del Código Penal

En el art. 318 bis del Código Penal se opera una modificación a través de la *Ley Orgánica 11/2003*. Destaca su Exposición de Motivos la necesidad de reformar la respuesta penal frente “a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos”. Recuerda cómo la “Unión Europea ha desplegado un notable esfuerzo en este sentido, ya que el Tratado establece, entre los objetivos atribuidos a la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos, aproximando cuando proceda las normas de derecho penal de los Estados miembros. La prioridad de esta acción se recordó en el Consejo Europeo de Tampere, y se ha concretado en las recientes iniciativas del Consejo para establecer un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina”.

El nuevo texto introduce el término *inmigración clandestina* como forma de conducta típica, admite el favorecimiento, promoción o facilitación *directa* o *indirecta* y la pena pasa a ser de prisión de seis meses a tres años más multa de seis a doce meses, a prisión de cuatro a ocho años. Representa un salto cuantitativo considerable, suscitándose la duda acerca de si respeta el principio de proporcionalidad²⁹.

Nuevamente se introduce una novedad en el texto del precepto, a través de la *Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas*³⁰. Como señala en su Exposición de Motivos se trata de que la descripción del tipo penal no quede restringida a los supuestos en que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina se lleve a cabo desde, en tránsito o con destino a España; serán también delictivos si se realizan *con destino a otro país de la Unión Europea*³¹. Esta reforma afecta también a otros dos preceptos con los que está relacionado: el art. 313.1 del Código Penal³² y el art. 23.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*³³.

29. Hay que admitir que las reformas en este sentido cuentan con gran respaldo social y resulta preocupante que respondan a una dinámica que no es exclusiva de quien entonces gobernaba. Vid. DE LA MATA BARRANCO, N., “Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal”, en FARALDO CABANA, P. (dir.), *Política Criminal y reformas penales*, Valencia, 2007, p. 22.

30. B.O.E. núm. 278, de 20 de noviembre de 2007. Los orígenes de esta ley se encuentran en la *Proposición de Ley Orgánica de medidas para la lucha contra la inmigración clandestina*, presentada por el grupo parlamentario de Coalición Canaria-Nueva Canarias. Su pretensión fue –a través de una ley específica que contemplara la inmigración desde todas sus vertientes– la creación de Juzgados especializados en materia de extranjería, modificando para ello la *Ley Orgánica 6/1985, 1 de julio, del Poder Judicial*, y la persecución del tráfico ilegal de personas en virtud del principio de universalidad, introduciendo en el art. 23.4 de dicha ley un apartado j) conforme al que se pudieran juzgar “los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP)». Véase BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, VIII Legislatura, Serie B, núm. 269-1, 15 de diciembre de 2006.

31. Art. 2.2.

32. Ésta es su actual redacción: “1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o por otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.”

33. Declarando que también será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal

Dice así el art. 318 bis.

1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de 5 a 10 años de prisión.

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

4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaleándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

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

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

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

III. ESPECIAL REFERENCIA AL TRÁFICO DE PERSONAS POR PARTE DE GRUPOS ORGANIZADOS

1. Introducción

La delincuencia organizada supone un peligro para la seguridad y la estabilidad internacionales. Los más afectados son, especialmente, los nuevos Estados que se encuentran en el camino hacia la democracia. La organización criminal es susceptible de presentarse en una pluralidad de variedades, constituyendo el fenómeno más preocupante aquella que ofrece una dimensión transnacional. Han surgido nuevos grupos en Europa oriental y en los países de la ex Unión Soviética. El fin de la guerra fría y los apuros de las democracias, con leyes insuficientes y escasos mecanismos de control,

española, como tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

fueron aprovechados fácilmente por las agrupaciones criminales. Se han ido estableciendo en varios países de Europa central determinadas organizaciones que favorecen el tráfico de armas, la prostitución, la extorsión, el tráfico de vehículos, y ha crecido de manera alarmante la esclavitud sexual de mujeres y niñas que abandonan todos los años esos países para dirigirse a la Europa occidental y los Estados Unidos, según la Organización Internacional para las Migraciones.

La inmigración ilegal es una de las actividades crecientemente asumidas por los grupos criminales. La enorme demanda de entrada en Europa de personas procedentes de países menos desarrollados y los enormes márgenes de beneficio que reporta esta actividad contribuyen a ello. Los ingresos para los traficantes proceden no sólo del precio pagado por el inmigrante, sino también de la posterior explotación laboral o sexual del mismo. Muchos son también forzados a participar en actividades delictivas.

Dentro de la inmigración ilegal, una consideración aparte merece el tráfico de mujeres destinadas a la prostitución u otras formas de explotación sexual. Esta forma tradicional de crimen organizado se encuentra en la actualidad en un momento de expansión. Se trata de comportamientos delictivos complejos en los que intervienen miembros de la organización encargados de distintos cometidos. La actividad suele comenzar en el país de origen de la víctima, donde miembros de la organización se dedican a la captación de las víctimas, a menudo, convenciéndolas mediante el engaño acerca de la actividad a realizar en el país de destino y sus condiciones laborales. Pero es importante aclarar que en muchos casos también, las mujeres quieren ejercer la prostitución como medio para ganarse la vida y una vez trasladadas, son víctimas de explotación.

Otros miembros de la organización se dedican a facilitar el transporte y la entrada hasta el país de destino, o la falsificación de documentos como permisos de trabajo y residencia. Y, por último, otros intervienen directamente en diferentes formas de explotación, como la sexual en locales destinados a la prostitución, la explotación laboral en talleres clandestinos, o mediante la coacción para la práctica de la mendicidad, delitos de hurto, o venta de droga.

2. Incidencia en España de la delincuencia organizada

En 2005 se detectaron en España 396 nuevos grupos organizados dedicados a la criminalidad, así como otros 471 que ya eran conocidos. Policialmente se estima que el 9'8 por 100 de los grupos organizados se dedican a la inmigración ilegal con fines de explotación sexual, la cual es desarrollada principalmente por grupos compuestos por naturales de los países del Este de Europa, destacando sobre todos ellos los rumanos, aunque también se encuentran grupos originarios de países de América del Sur y África³⁴.

La Fiscalía de Málaga refiere que las avalanchas de inmigrantes en 2005 han supuesto una importante fuente de inquietud para los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, porque demostraron que detrás de las mismas existen grupos organizados perfectamente coordinados y porque, por primera vez, los inmigrantes hicieron uso de

34. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria*, 2006, p. 528.

la fuerza, mostrando actitudes violentas que antes no se habían dado, incluso con la utilización de objetos contundentes³⁵.

Por su parte, la Fiscalía de Granada manifiesta su especial preocupación por lo que se refiere al tráfico ilegal de personas, describiendo numerosas tragedias que se ponen de manifiesto con las 69 pateras interceptadas en sus costas durante el año 2005 y la localización de 2.685 inmigrantes, víctimas, junto a los no localizados o fallecidos en el intento de atravesar el Estrecho de Gibraltar³⁶.

La Fiscalía de Tenerife da cuenta de los obstáculos encontrados en relación con los actos de tráfico cometidos empleando cayucos procedentes de Mauritania. Así, no hay patrón definido en la embarcación, de modo que dos o tres personas del pasaje, al los que se les ha reducido el precio del embarque, se turnan en el gobierno de la nave sirviéndose de un aparato GPS que tiene grabado el rumbo hacia las islas de Tenerife o Gran Canaria, siendo por medio de la intervención y análisis de estos aparatos como se ha deducido el punto de partida de los cayucos. Además de estas dificultades para la investigación penal, la Fiscalía de Tenerife expone cómo las personas que se trasladan en estos cayucos no portan documentación y difícilmente dan razón de su procedencia ni hablan su lengua materna, por lo que ignorándose su país de origen y vencido el plazo máximo de internamiento son puestos en libertad en España, sin residencia legal y sin posibilidad de desarrollar un trabajo conforme a la legislación vigente³⁷.

La Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía resalta la aparición de trabajadores inmigrantes en situación irregular que son sometidos a condiciones de explotación y que, en ocasiones, son víctimas de graves accidentes laborales con resultados en ocasiones mortales y con indicios de actividades coactivas para evitar su declaración en la investigación judicial. Encontrándose varios procedimientos en tramitación y en los que se actúa coordinadamente con el Servicio de Siniestralidad Laboral³⁸.

La Fiscalía de Alicante evidencia el asentamiento de determinados grupos, habiendo sido detenidas 227 personas de distintas nacionalidades, predominando albanos-kosovares, rumanos, ucranianos, marroquíes y argelinos, a los que se atribuyen –entre otros– 22 delitos relativos a la prostitución, 50 delitos contra los derechos laborales y 7 delitos de tráfico ilegal de mano de obra³⁹.

La Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares destaca la actividad de numerosos grupos, que no llegan a constituir organizaciones criminales de gran trascendencia por el escaso número de sus componentes, pero que está generando gran inseguridad. Entre ellos se encuentran grupos de personas procedentes de países de Europa del Este que han sido imputados en diversos delitos relativos a la prostitución y trata de blancas⁴⁰.

35. *Ibid.*, p. 422.

36. *Ibid.*, p. 535.

37. *Ibid.*, p. 425.

38. *Ibid.*, p. 425.

39. *Ibid.*, p. 532.

40. *Ibid.*, p. 532.

Refiere la Fiscalía de Huelva que en el seno de las actividades de alterne y prostitución se ha detectado, un año más, una amplia presencia de ciudadanas latinoamericanas, especialmente procedentes de Colombia, así como de países de Europa del Este, motivando una intensa labor policial de investigación de redes de explotación sexual, así como una intensa actuación administrativa con escasa repercusión en lo judicial, debido en parte a los innumerables problemas de prueba. Tales operativos se han saldado en la mayoría de las ocasiones con la expulsión, previo internamiento, de las ciudadanas extranjeras⁴¹.

Para la Fiscalía de Pontevedra, los clubes de alterne, que han ido en aumento en los últimos años, esconden un submundo de inmigración ilegal y, en la mayoría de las ocasiones, la comisión de delitos de coacciones, amenazas y actos de violencia sobre las mujeres extranjeras dedicadas a la prostitución. Gran cantidad de estas conductas delictivas no son denunciadas por miedo de las víctimas a represalias o a ser expulsadas por encontrarse en situación de ilegalidad. Las mujeres son reclutadas generalmente en origen aprovechándose de la precariedad económica en que se encuentran. Tales acciones son llevadas a cabo a través de un intermediario que les ofrece ganar de forma rápida y legal gran cantidad de dinero en un puesto de trabajo ofertado por un español. Estas mujeres no saben nunca qué cantidad de dinero tendrán que devolver hasta que se encuentran trabajando como prostitutas. Forzosamente tienen que mantenerse en la prostitución en condiciones deplorables hasta el pago de la cantidad debida por el pasaje y otros gastos, siempre muy elevados, por la amenaza que pesa sobre ellas del peligro que corren si no cumplen con el pago de la totalidad de la deuda. Por otra parte, están sometidas a un control exhaustivo por parte de los dueños o encargados de los locales destinados a la prostitución, hasta el punto de que apenas gozan de libertad. Se puede decir que estas organizaciones tienen todas las características de las mafias, por la jerarquización de las mismas, donde cada uno cumple una determinada función clara y precisa. Se constata la frecuencia de los controles policiales en materia de extranjería en los clubes de alterne⁴².

La Fiscalía de Palencia informa de que en los llamados “clubes de alterne” trabajan, generalmente, ciudadanas sudamericanas, rusas, ucranianas, nigerianas y de otros países del área subsahariana. Las investigaciones que se han realizado por la Brigada de Extranjería y Documentación por posibles coacciones, aprovechamiento o favorecimiento de la prostitución por parte de los responsables de los establecimientos tropiezan con el silencio y la negativa de las víctimas a formular denuncias contra aquéllos por miedo a represalias, no sólo en cuanto a ellas mismas, sino en cuanto a los familiares que dejan en sus países de origen, cuya seguridad no puede ser garantizada⁴³.

3. Colaboración contra las redes organizadas como alternativa a la expulsión

3.1. Posibilidad de anular la orden de expulsión del extranjero en situación irregular (art. 59 de la Ley de Extranjería)

Resulta evidente la importancia del testimonio de la víctima como medio para avanzar en la investigación y descubrimiento de las redes organizadas así como para susten-

41. *Ibid.*, p. 424.

42. *Ibid.*, p. 424.

43. *Ibid.*, p. 424.

tar una posible condena. Ahora bien, no es fácil obtener testimonios incriminatorios válidos y ello se explica por variadas razones. No cabe desconocer la existencia de organizaciones que imponen métodos tendentes a obtener el silencio de quienes caen en sus redes. Tampoco, en última instancia, la predisposición del extranjero ilegal es favorable a declarar contra aquellos que les proporcionaron la entrada a un mundo que anhelan. Además, la posición del extranjero ilegal se sitúa, por una parte, entre la consideración de víctima de un delito de tráfico ilegal y, por otra, en su condición de responsable de una infracción administrativa que le puede acarrear su expulsión⁴⁴. Y, finalmente, la propia situación de irregularidad y el verse obligados a pagar un alto precio por su traslado les lleva, en muchos casos a verse abocados a la comisión de actividades delictivas.

En los escasos supuestos en que las víctimas se han decidido a colaborar ha resultado esencial acudir al mecanismo de la prueba anticipada⁴⁵, obteniendo así una declaración que posteriormente se hará valer en juicio oral mediante su lectura⁴⁶. Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma. Se podrá documentar en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen⁴⁷.

Al objeto de facilitar la colaboración en la persecución de estos delitos se ha incluido en el art. 59 de la Ley de Extranjería⁴⁸, bajo la rúbrica «Colaboración contra redes organizadas», una novedosa figura que otorga a la autoridad administrativa la facultad de

44. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2002...*, p. 5.

45. Art. 448 LECr.

46. Art. 730 LECr.

47. Art. 777.2 LECr.

48. Art. 59:

1. El extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autorización, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

2. Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver.

3. A los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar a su elección, el retorno a su país de procedencia o la estancia y residencia en España, así como autorización de trabajo y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

4. Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión y,

...

eximir al extranjero ilegal de responsabilidad administrativa, concediéndole permiso de trabajo y residencia o facilitándole a su elección el retorno a su país, en consideración a la colaboración prestada en la persecución de actividades de tráfico de personas⁴⁹.

Pese a la rúbrica de la figura –aclara la Fiscalía General del Estado– ha de entenderse que incluye cualquier denuncia o colaboración, ya sea policial o judicial, que permita la investigación o persecución de actos de tráfico llevados a cabo por cualquier persona, sin que se exija que la actividad denunciada sea incardinable en un acto de tráfico cometido por una organización ilícita dedicada a estos fines. Cualquier colaboración en procedimiento por delitos de los comprendidos en los arts. 188.2, 312, 313 y 318 bis CP basta para valorar la procedencia de la exención de responsabilidad administrativa del colaborador, sin que quepa reducir tal posibilidad a los casos en que se establezca concurso con el delito de asociación ilícita o se aplique el subtipo agravado de pertenencia a organización de los responsables. Ello, sin perjuicio, de que la autoridad administrativa valore en cada caso la naturaleza de la colaboración y la importancia de los hechos delictivos descubiertos para conceder o no la exención de responsabilidad⁵⁰.

Señala el art. 59 que «podrá» quedar exento de responsabilidad⁵¹, lo que sin duda exige una decisión que valorando el tipo de colaboración prestada y la situación del extranjero acuerde la concesión o denegación de la exención.

Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión durante el tiempo necesario o la autorización de su regreso, si ya hubiera sido expulsado⁵².

Por tanto, es necesario que los Fiscales que intervengan en algún procedimiento penal por hechos de tráfico ilícito de seres humanos comuniquen en forma precisa a la autoridad administrativa la situación de cualquier persona que se halle proporcionando datos o testificando contra los autores del delito, indicando la naturaleza e importancia tanto de la referida colaboración, cuanto de los hechos objeto del proceso seguido al efecto. Dicha información deberá dejar claro el criterio del Fiscal en orden a la conveniencia o no de la exención de responsabilidad, a tenor de los datos de la causa penal⁵³.

...

en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas de las medidas previstas en la *Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales*.

49. SÁNCHEZ RIBAS, J.; FRANCO PANTOJA, F., *Guía para orientación legal en inmigración*, Madrid, 2005, pp. 22-23.

50. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2002*..., p. 6.

51. Párrafo 1.

52. Art. 59.4 de la *Ley de Extranjería*.

53. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2002*..., p. 6.

La valoración que el Fiscal traslada a la Administración no es vinculante para la misma, si bien debe tenerse presente que la obligación constitucional de los poderes públicos de colaboración con la Administración de Justicia ha de entenderse aplicable también a las solicitudes del Ministerio Fiscal. Por ello, la motivación de la petición del Fiscal se torna esencial y especialmente exigible, para poder reivindicar con fundamento la referida obligación de colaboración. También se habrá de procurar la necesaria fluidez en las vías de comunicación con las autoridades gubernativas, a fin de lograr la imprescindible coordinación en este ámbito⁵⁴.

El *Real Decreto 2393/2004*, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el *Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, desarrolla el art. 59.4 de la *Ley Orgánica 4/2000*, es decir, la colaboración contra redes organizadas⁵⁵.

Conforme al mismo, si se ha iniciado un expediente sancionador y el expedientado fuera extranjero, el juez instructor, si sabe de la posible concurrencia de circunstancias de colaboración con la Justicia, especialmente las previstas en el artículo 59 de la *Ley Orgánica 4/2000*, podrá proponer que se le exima de responsabilidad y no se le expulse, en consideración a su colaboración o cooperación con las autoridades o sus agentes,

54. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2006...*, p. 35.

55. *Real Decreto 2393/2004*, de 30 de diciembre por el que se aprueba el *Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, art. 117:

1. Cuando se encuentre en curso un expediente sancionador y el expedientado fuera extranjero, el instructor, antes de efectuar la propuesta definitiva al órgano competente, si tiene conocimiento de la posible concurrencia de circunstancias de colaboración con la Justicia, especialmente las previstas en el artículo 59 de la *Ley Orgánica 4/2000*, de 11 de enero, podrá proponer la exención de responsabilidad y la no expulsión de las personas a las que se alude en el aquel, en consideración a su colaboración o cooperación con las autoridades o sus agentes, proporcionando datos esenciales o declarando en los procesos correspondientes, como víctima, perjudicado o testigo, o denunciando a las autoridades competentes a los autores y cooperadores de los tráficos ilícitos de seres humanos a los que el indicado artículo 59 se refiere.

Si se dictase resolución por la que se declare al expedientado exento de responsabilidad administrativa, la autoridad gubernativa competente podrá conceder, a elección del extranjero, y para facilitarle su integración social, autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de acuerdo con el artículo 31 de la *Ley Orgánica 4/2000*, de 11 de enero, así como autorización para trabajar, o facilitarle el retorno a su país de procedencia. La concesión de dicha documentación podrá ser revocada si el titular, durante el tiempo que dure el procedimiento en el que es víctima, perjudicado o testigo, cesa en su cooperación o colaboración con las autoridades policiales o judiciales.

2. Durante el período de cooperación o colaboración, la Administración competente que corresponda proporcionará al extranjero la atención social y jurídica necesaria, sin perjuicio de las medidas de protección que pueda acordar el juez instructor según lo establecido en la *Ley Orgánica 19/1994*, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

3. Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo, y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa a los efectos de que valore la inejecución de su expulsión durante el tiempo necesario. En caso de que ya hubiera sido expulsado, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, todo ello sin perjuicio de que se adopte alguna de las medidas previstas en la *Ley Orgánica 19/1994*, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

aportando datos esenciales o declarando en los procesos correspondientes, como víctima, perjudicado o testigo, o denunciando a las autoridades competentes a quienes estén implicados en tráficos ilícitos de seres humanos conforme al artículo 59 de la *Ley 4/2000*.

Si se declara al expedientado exento de responsabilidad administrativa, la autoridad gubernativa competente podrá conceder, a elección del extranjero, y para facilitarle su integración social, autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de acuerdo con el art. 31 de la *Ley 4/2000*⁵⁶, así como autorización para trabajar, o facilitarle el retorno a su país de procedencia. Se le podrá retirar esta documentación si el titular, durante el tiempo que dure el procedimiento en el que es víctima, perjudicado o testigo, deja de colaborar con las autoridades policiales o judiciales⁵⁷.

Durante el período de cooperación o colaboración, la Administración competente que corresponda proporcionará al extranjero la atención social y jurídica necesaria, sin perjuicio de las medidas de protección que pueda acordar el juez instructor según lo establecido en la *Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales*⁵⁸. Como pone de manifiesto esta ley en su Exposición de Motivos, el propósito protector al que responde no es, por lo demás, exclusivo de nuestro país. De acuerdo con directrices señaladas por el Derecho comparado, se ha entendido ser imperiosa e indeclinable la promulgación de las normas precisas para hacer realidad aquel propósito de protección de testigos y peritos que, además, ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo principio general se hace también patente en la *Resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, concerniente a la antigua Yugoslavia*⁵⁹. También la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* obliga a los Estados Parte a adoptar medidas para proteger eficazmente contra posibles represalias o amenazas a quienes denuncien actividades relacionadas con la delincuencia organizada o declaren como testigos⁶⁰, y también a adoptar medidas para prestar asistencia y protección a las víctimas de estos delitos⁶¹.

Más recientemente, se aprobó la *Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales*

56. Art. 31.3: La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado.

57. Art. 117.1.

58. Cuando la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos (art. 1), el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo (Art. 2). A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si, una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro grave, se brindará a los testigos y peritos, en su caso, protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo (art. 3.2)''.

59. Exposición de Motivos de la *Ley 19/1994*

60. Arts. 23 y 24.

61. Art. 24.

de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes⁶². Define las condiciones para la concesión de permisos de residencia de duración limitada⁶³, a personas que no sean ciudadanos de la Unión Europea⁶⁴ que cooperen en la lucha contra la trata de seres humanos⁶⁵ o contra la ayuda a la inmigración ilegal⁶⁶, aplicándose sin perjuicio de las normas nacionales específicas sobre protección de víctimas y testigos⁶⁷.

Cuando las autoridades competentes consideren que un nacional de un tercer país puede entrar en el ámbito aplicación de la Directiva, informarán a la persona interesada de las posibilidades que ofrece la misma⁶⁸. Se les concederá a los interesados un período de reflexión para que puedan decidir si cooperan⁶⁹, y no se ejecutará en su contra ninguna orden de expulsión⁷⁰. Se subordina la concesión del permiso a la concurrencia de una clara voluntad de cooperación en el beneficiario, estableciéndose que el permiso de residencia podrá retirarse, entre otros motivos, si la autoridad competente considera que la cooperación de la víctima es fraudulenta o su denuncia es fraudulenta o infundada⁷¹.

A más tardar el 6 de agosto de 2008, la Comisión debe informar al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva en los Estados miembros y propondrá, en su caso, las modificaciones necesarias. Para ello, los Estados miembros transmitirán a la Comisión toda la información apropiada para la elaboración de este informe⁷².

Pero a pesar de la existencia de estos instrumentos de protección, tanto nacionales como internacionales, la víctima de estos delitos se encuentra con grandes dificultades para denunciar y más aún, para colaborar con las autoridades aportando información. Ello ha sido puesto de manifiesto en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2005*, en la que la Fiscalía de Pontevedra⁷³ y la de Palencia hacen hincapié en los obstáculos con los que topan las investigaciones, debido al silencio de las víctimas, atemorizadas por las amenazas proferidas contra ellas o contra sus allegados en sus países de origen, cuya seguridad es imposible garantizar⁷⁴.

62. Diario Oficial n° L 261 de 06/08/2004 p. 0019 0023.

63. Art. 1.

64. Conforme al art. 2.

65. Conforme al art. 2.

66. Según el art. 2.

67. Art. 15.

68. Art. 5.

69. Art. 6.1.

70. Art. 6.2.

71. Art. 14.

72. Art. 16.

73. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria*, 2006, p. 424.

74. *Ibid.*, p. 424. Véase sobre esta cuestión FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, p. 340.

Otra cuestión que hay que tener en cuenta es la posibilidad de que algunas denuncias sean falsas. Advierte la *Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado* a los fiscales que se muevan con cautela en estos supuestos de colaboración para evitar que puedan prosperar situaciones de denuncias falsas, huecas o inconsistentes o situaciones de retractación o cese de la cooperación, que tengan sólo por objeto la consecución de una regularización, imposible de obtener de otro modo⁷⁵. Los otros supuestos (denuncias falsas, simulación de delito, etc.) no están expresamente contemplados. Por ello, deberá acudir por la autoridad administrativa, en estos casos de denuncias falsas o de simulación de delitos, a la revisión de la resolución por la que se declaró la exención de responsabilidad y se concedieron los permisos, en tanto que el acto administrativo ha de reputarse nulo de pleno derecho, para lo cual los fiscales que tengan conocimiento de hechos de esta naturaleza cuidarán de dar traslado de los mismos para ponerlos en conocimiento de la autoridad administrativa⁷⁶.

3.2. Expulsión del extranjero que ha delinuido (art. 89 del Código Penal)

No hay duda de que la concesión de la residencia legal es un premio adecuado para estimular la denuncia a quienes han sido objeto de la explotación. Pero puede ocurrir que esas mismas víctimas hubieran incurrido o participado en otros delitos, por ejemplo en la introducción de droga como medio de financiar el alto precio de su viaje, o en falsificación de documentos. En esos casos, si el testigo o víctima que colabora con las autoridades optara por acogerse a la residencia legal, podría ser procesado y debería cumplir con la condena correspondiente en España o se enfrentaría con una orden de expulsión.

La conveniencia de dar entrada a la política de extranjería en el ámbito penal se defendió como forma de evitar lo que algunos denominan un “fraude de ley”, consistente en cometer un delito para evitar la ejecución de una orden de expulsión, argumento recogido en la *Circular de la Fiscalía 1/1994* que alude a la “delincuencia inducida”.

Pero establecer la posibilidad de expulsión para el amplio elenco de supuestos recogidos en el art. 89 CP se convierte en un arma de doble filo, ya que quien sabe que con la comisión de un delito no tiene nada que perder, porque la expulsión le espera en todo caso, no tendrá motivos para abstenerse de delinquir; por tanto no se combate esa “delincuencia inducida”⁷⁷. Sin embargo, la sobrerrepresentación del colectivo de extranjeros en prisión no es fruto de la picaresca para escapar de la expulsión, sino sobre todo de la confluencia con la delincuencia organizada en el campo del narcotráfico o en el tráfico de personas. No debe olvidarse además que las situaciones de marginación y clandestinidad favorecen determinadas formas de delincuencia⁷⁸.

75. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2002...*, p. 6.

76. *Ibid.*, p. 7.

77. ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión del extranjero...” en LAURENZO COPELLO, P (coord.), *op. cit.*, p. 54. También, ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., “La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión en la reforma del Código Penal”, *La Ley*, nº 6577, 2006, p. 1.

78. ASÚA BATARRITA, A., *op. cit.*, p. 56.

La expulsión se considera en el Código Penal como una medida de seguridad no privativa de libertad, sólo aplicable a los extranjeros no residentes legalmente en España⁷⁹, cuyo objetivo no responde a finalidades preventivo-especiales, puesto que éstas no están garantizadas porque el penado regrese a su país. Y a diferencia de la redacción anterior en la que el órgano jurisdiccional podía optar por la expulsión o no, a partir de la reforma por *LO 11/2003*, ante una pena privativa de libertad inferior a 6 años, automáticamente se procede a la expulsión, salvo que excepcionalmente se considere que es más adecuado el cumplimiento de la pena de prisión⁸⁰.

Conforme a la *Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado*, por pena privativa de libertad habrá de entenderse cualquier pena de prisión. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas, pese a tener la consideración de pena privativa de libertad, no se entenderá susceptible de ser sustituida por la expulsión. Lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la pena concretamente impuesta. Para aplicar la expulsión sustitutiva es necesario una condena por delito, no siendo suficiente una condena a pena privativa de libertad por una simple falta⁸¹.

No procederá la expulsión sustitutiva cuando se imponga una pena de prisión de menos de tres meses, toda vez que conforme al art. 71.2 CP hay que sustituirla por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, ambas penas no privativas de libertad⁸².

Si realmente se quiere favorecer la colaboración para el descubrimiento de las redes de explotación de personas, sería oportuno extender esa “exención de responsabilidad administrativa” contemplada en el art. 59 de la Ley de Extranjería a la responsabilidad penal por delitos relacionados con la propia situación de entrada clandestina en España, o con otra situación de explotación de la inmigración.

El 15 de enero de 2007 se aprobó el *Proyecto de Ley Orgánica de modificación parcial de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*⁸³. En este texto, el art. 89⁸⁴ sufre una serie de modificaciones. La más importante en el tema

79. Art. 96.3.5ª.

80. Vid. acerca de esta cuestión, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “Política migratoria y Derecho: análisis y juicio crítico de una relación perversa”, en SANZ MULAS, N., (coord.), *El Derecho Penal y la nueva sociedad*, Granada, 2007, p. 144; PÉREZ MACHÍO, A.I., *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores -LO 8/2006-*, Valencia, 2007, p. 165-166.

81. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2006...*, p. 38.

82. Art. 71.2 CP.

83. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, VIII Legislatura, Serie A, núm. 119-1, 15 de enero de 2007.

84. En el Proyecto, el artículo 89 queda redactado como sigue:

“1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas en la sentencia o en auto motivado posterior, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del penado, por su expulsión del territorio nacional.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

...

que nos afecta, es que la expulsión deja de ser obligatoria. No procederá acordar la expulsión –debiendo cumplir la pena en un centro penitenciario– en los supuestos de delitos tipificados en los arts. 312, 318 bis, 517 y 518, añadiéndose además el art. 313 y desapareciendo la referencia al art. 516.6º CP⁸⁵.

Resulta acertado que la expulsión pase a convertirse en una opción que puede tomar el juez, ya que los ciudadanos –extranjeros o no– deben ser tratados por la ley conforme al principio de igualdad⁸⁶. También es conveniente que se dé audiencia al penado y que no se imponga un plazo fijo de prohibición de entrada, sino que se fije un marco que el juez deberá determinar, atendiendo no sólo a la duración de la pena, sino también a las circunstancias personales del penado. Asimismo, que se haya incluido el art. 313 entre los delitos cuya comisión no permite la expulsión⁸⁷.

En caso de que el extranjero que colabora con las autoridades prefiera regresar a su país, estaríamos ante un supuesto en que la voluntad del condenado o procesado debiera considerarse vinculante para el juez⁸⁸.

Además, tras esta reforma⁸⁹, caso de que resulte aprobada, la decisión podrá adoptarse en sentencia o en auto posterior. Pero puede resultar peligrosa esta remisión a la

...
3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será devuelto sin más por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado, podrán acordar en sentencia o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los arts. 312, 313, 318 bis.”

85. Que sí se encuentra mencionado –pese a estar derogado– en la redacción actual.

86. CANCIO MELIÁ, M.; MARAVER GÓMEZ, M., *op. cit.*, pp. 414-415.

87. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DURÁN SECO, I., “La expulsión de extranjeros en el Anteproyecto de 2006 de reforma del Código Penal: Algunas reflexiones de urgencia”, *La Ley*, nº 6612, 2006, p. 2.

88.⁸⁸ ASÚA BATARRITA, A., *op. cit.*, p. 45.

89. En el momento de cerrar estas páginas sigue abierto el plazo de enmiendas. En septiembre de 2007, en el debate sobre la totalidad del Proyecto, el Ministro de Justicia manifestó la preocupación del Gobierno respecto de “las medidas de expulsión de extranjeros o su automatismo, es decir, esa tendencia, que existió en el

fase de ejecución de la sentencia. Esta innecesaria dilación puede determinar una prolongación de la situación de prisión provisional en personas finalmente expulsadas⁹⁰.

3.3. Protección a las víctimas del tráfico ilegal y de la explotación sexual

Como insta la *Propuesta de Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea*, de 2002, en el campo de las medidas legislativas contra la trata de seres humanos, hay que prestar una atención especial a las víctimas. La adopción de la *Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal de 15 de marzo de 2001* –que prevé medidas para salvaguardar, por ejemplo, el derecho de las víctimas a la información y a la protección en relación con el procedimiento penal– es imprescindible en estos casos.

El procedimiento judicial en los casos de tráfico y explotación sexual sigue siendo una experiencia penosa para la mujer. La persona víctima de malos tratos por sus traficantes, ya sean prostitutas o trabajadores ilegales, al verse sumida como pieza fundamental en el procedimiento criminal contra sus captores, se ve sometida a la violencia del sistema institucionalizado.

Se ha discutido en algunos foros legislativos sobre la eficacia en España de la *Ley de Protección de Peritos y Testigos*, al estimarse que no cubre realmente las necesidades que dichas mujeres víctimas del tráfico tienen para ser declaradas testigos protegidos. En este ámbito, es necesario que se aseguren el respeto de la víctima, y las medidas de asistencia y ayuda tras el delito, durante el proceso y después del juicio.

Como propone la *Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes* se ha de garantizar que las víctimas de la trata reciban el apoyo suficiente para estar en condiciones de atestiguar en contra de los traficantes. Para ello, habrá que dejar a las víctimas un período de reflexión que les permita recuperarse y así decidir con conocimiento de causa si cooperan con las autoridades⁹¹, y no se ejecutará en su contra ninguna orden de expulsión⁹². Entretanto se les prestará la necesaria asistencia médica o de otro tipo cuando no posean suficientes recursos y tengan necesidades especiales, como mujeres embarazadas, personas discapacitadas o víctimas de violencia sexual u otras formas de violencia⁹³ y a los menores⁹⁴.

...

año 2003, a anudar a la comisión del delito, para aquel que no es de aquí, una medida inmediata de expulsión en la que los jueces ni siquiera podían opinar. Ese automatismo desaparece, entre otras cosas, para adecuar el texto legal a lo que ya es una jurisprudencia del Tribunal Supremo adecuada” y “porque es bueno que aquel que no se hace acreedor de la convivencia pueda ser expulsado, pero es mejor todavía que los jueces puedan valorar e individualizar”. CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, VIII Legislatura, núm. 281, 13 de septiembre de 2007.

90. ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., *op. cit.*, pp. 8-9.

91. Art. 6.1.

92. Art. 6.1.

93. Art. 6.2.

94. Art. 9.

Y ha de otorgarse plena protección, en virtud del art. 33⁹⁵ de la *Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, a las mujeres víctimas de la trata que pidan asilo por motivos de persecución basada en el género, de acuerdo con la evolución reciente del Derecho Internacional de los refugiados y la práctica de otros Estados. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se lo solicitó en 2004 expresamente a España –entre otros países–⁹⁶.

Finalmente, a través de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*⁹⁷ se ha añadido⁹⁸ una nueva disposición adicional tercera a la *Ley 5/1984, de 26 de marzo reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*, en los siguientes términos: “Lo dispuesto en el apartado primero del artículo tres será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género.” De modo que a las causas que justificaban la concesión de asilo⁹⁹ se añade ésta.

Como ha señalado el Secretario General de las Naciones Unidas en su Informe de 2002¹⁰⁰, a pesar de las medidas adoptadas a escala nacional, regional e internacional en materia de trata de seres humanos, en particular de explotación sexual de mujeres y niños, hay una enorme tarea pendiente, que deben realizar los gobiernos, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, la sociedad civil y también las instituciones académicas. Es preciso proceder a un enfoque preventivo global y multidisciplinario. Todos los actores, incluidos los funcionarios judiciales y los encargados de hacer cumplir la ley, las autoridades migratorias, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil deberían colaborar en el desarrollo de dicho enfoque. Los programas y las políticas dirigidas a asistir a las víctimas y a detener a los tratantes deberían incluir formación destinada a los oficiales de policía, los funcionarios gubernamentales y la policía de aduanas y fronteras¹⁰¹.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito desempeña una importante tarea práctica en la lucha contra la delincuencia organizada. Estima ineficaces los esfuerzos de todos los países para impedir el flujo de inmigrantes clandestinos, muchos de los cuales son explotados sexualmente u obligados a trabajar como esclavos.

95. Art. 33.1: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

96. NACIONES UNIDAS. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Observaciones Finales al 5º Informe periódico de España. Documento A/59/38(SUPP), de 18 de agosto de 2004, pár. 337.

97. B.O.E. núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

98. En la disposición adicional vigésima novena.

99. 1. Se reconocerá la condición de refugiado y, por tanto, se concederá asilo a todo extranjero que cumpla los requisitos previstos en los Instrumentos internacionales ratificados por España, y en especial en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el día 28 de julio de 1951, y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.

100. NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. *Trata de mujeres y niñas. Informe del Secretario General. Documento A/57/170, de 2 de julio de 2002*, pár. 57.

101. *Ibid.*, pár. 57.

El principal reto es reducir la demanda de mercancías baratas producidas en fábricas donde se explota a los obreros o la demanda de servicios sexuales llevados a cabo por esclavos del sexo. La prevención debe implicar campañas de información para reducir la vulnerabilidad de las personas susceptibles de ser objeto de tráfico. Si la gente se entera de los peligros del tráfico de seres humanos, aumentarán las posibilidades de evitar sus consecuencias¹⁰².

Considera además que los países miembros de la Unión Europea deben reformar los instrumentos tendentes a prevenir, perseguir y proteger a los involucrados en el tráfico de seres humanos. Es fundamental la persecución de los delincuentes que se aprovechan de la vulnerabilidad de las personas que están intentando escapar de la pobreza, del desempleo o de la opresión. Se benefician de leyes poco contundentes o de la poca firmeza en su ejecución o de la pobre cooperación internacional. Estima también desafortunadas las bajas penas que en algunos países se aplican a los traficantes.

En cuanto a las víctimas, se da por supuesto que hay que protegerlas, pero en realidad muchas veces son consideradas como criminales que deben temer las leyes severas sobre inmigración o prostitución en cada país¹⁰³. Se están produciendo indeseables consecuencias político-criminales derivadas de la identificación generalizada en el mundo desarrollado entre el aumento de la inmigración, y delincuencia e inseguridad ciudadana¹⁰⁴. El inmigrante que entra ilegalmente es rechazado de manera general, con independencia de cuál sea su conducta. Se acaba incurriendo en una dialéctica de ciudadano/enemigo que corre el riesgo de llegar a justificar la completa exclusión del inmigrante y su tratamiento al margen de los principios más elementales del Estado social y democrático de Derecho¹⁰⁵.

Como pone de manifiesto Amnistía Internacional en su *Informe 2007*¹⁰⁶, “en los países desarrollados y también en las economías emergentes se utiliza el miedo a ser invadidos por hordas de indigentes para justificar medidas cada vez más duras contra migrantes, personas refugiadas y solicitantes de asilo, en contravención de las normas internacionales de derechos humanos y de trato humanos”. La mano de obra migrante alimenta el motor de la economía mundial. Sin embargo sufre el rechazo brutal, la explotación, la discriminación y la desprotección de gobiernos de todo el mundo¹⁰⁷.

Se plantean algunas situaciones especialmente difíciles para las mujeres que han podido ser en su momento víctimas del tráfico de personas o de explotación sexual, que se encuentran residiendo ilegalmente en España y son también víctimas de violen-

102. UNITED NATIONS. OFFICE ON DRUG AND CRIME (UNODC). *Trafficking in Persons...*, pp. 10-111.

103. *Ibid.*, pp. 10-11.

104. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Mundialización y Justicia Penal”, *Anales Internacionales de Criminología*, vol. 41-1/2, 2003, p. 70; RODRÍGUEZ MESA, M.J., *op. cit.*, p. 29.

105. CANCIO MELIÁ, M.; MARAVER GÓMEZ, M., p. 408.

106. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2007...* p. 17.

<http://thereport.amnesty.org/document/172>

107. *Ibid.*, p. 17.

cia de género. Según la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, los poderes públicos tienen que garantizar la coordinación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, implicando para ello a las Administraciones sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad¹⁰⁸, prestando especial atención a la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales, puedan tener mayor riesgo de sufrir este tipo de violencia, tales como las inmigrantes, y las que se encuentran en situación de exclusión social¹⁰⁹.

Pero la obligación del funcionario policial de dar cumplimiento a lo dispuesto en la *Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* y en la propia normativa de extranjería conlleva la apertura de procedimiento sancionador en los supuestos de estancia irregular¹¹⁰. “Es obvio que, en estas situaciones, el interés prioritario e inmediato que ha de ser atendido por el funcionario policial no es otro que el de proporcionar a la víctima la asistencia y protección que pueda demandar o necesitar, así como informarle de sus derechos y tramitar las diligencias policiales a la autoridad judicial –entre las cuales se incorporará la solicitud de orden de protección que se formule–, poniendo un especial cuidado en informarle de forma clara y accesible de su derecho a solicitar la autorización de residencia temporal, tan pronto como le sea concedida la medida judicial de protección”.

Al hallarse ante una infracción de la normativa de extranjería tiene que combinar las obligaciones que derivan de ésta con las garantías que a la víctima le son reconocidas en la *Ley Integral* y en el *Reglamento de Extranjería*. Con el objeto de evitarle en la medida de lo posible una mayor victimización, parece necesario que la apertura y, posteriormente, la tramitación del expediente sancionador queden en suspenso, en tanto se dictan la resolución judicial sobre la orden de protección y la resolución administrativa sobre la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales¹¹¹.

Esta especial protección hacia las mujeres inmigrantes víctimas de la violencia de género y doméstica en situación irregular, ha sido recogida también en la *Ley de Extranjería*, estableciendo la posibilidad de obtener autorizaciones de residencia temporal, que podrán solicitar cuando se haya dictado en su favor una orden judicial de protección¹¹². Pero todo depende de que efectivamente el juez acuerde la adopción de alguna medida de protección, de otro modo se iniciará el expediente y la mujer inmigrante víctima en situación irregular será expulsada de territorio español.

108. Art. 32.1.

109. Art. 32.4.

110. Como advierte la *Instrucción núm. 14/2005 de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre actuación en dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular*.

111. *Ibid.*

112. Art. 46.3 del *Reglamento de Extranjería*, en relación al 45.4.a), *in fine*, del mismo y con el art. 31.3 de la *Ley de Extranjería*.

