

DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

(Comentario a la STS de 9 de marzo de 2012) ¹

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Extracto:

Si el comportamiento atribuido al sujeto activo en los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros se dirige inequívocamente a procurarle al ciudadano extranjero un estatus que supere los gravámenes que el ordenamiento administrativo vincula a la situación ilegal del extranjero, no parece razonable pensar que aquella conducta vulnere los derechos del ciudadano extranjero. En el caso de la sanción penal de determinados comportamientos, caracterizados por mejorar el estatus del extranjero, no puede decirse que se dirija a proteger aquel bien jurídico que predica la rúbrica del título en el que se encuadra el artículo 318 bis. Muy al contrario, la intervención sancionadora no tiene otra justificación que la de proteger la regulación de los flujos migratorios. Pero es dudoso que tal objetivo deba ser protegido siempre penalmente, ni siquiera que sea la finalidad de la norma penal en todo caso. Cabe diferenciar por tanto dos tipos de comportamiento según se refieran a la entrada o tránsito del extranjero o se trate de colaboración para mantener la permanencia en el territorio del extranjero una vez ya se encuentre en este. No es aceptable interpretar un precepto penal de suerte que incluya en el mismo supuestos que ni siquiera merecen el concepto de sanción administrativa. Dado que el hecho probado de la sentencia recurrida atribuye un comportamiento de favorecimiento de la permanencia llevado a cabo por quien no es imputado por haber facilitado la entrada en territorio español del extranjero, no cabe entender ese hecho como tipificable al amparo del artículo 318 bis.Uno del Código Penal (CP).

Palabras clave: delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, residencia legal de extranjeros.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *CEFLegal. Legislación y Jurisprudencia*, núms. 139-140, agosto-septiembre 2012.

CRIME AGAINST THE RIGHTS OF THE FOREIGN CITIZENS (Commentary on the Tribunal Supremo of 9 march 2012) ¹

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Abstract:

IF the behavior attributed to the active subject in the crimes against the rights of the foreign citizens goes unequivocally to trying to the foreign citizen a status that overcomes the charges that the administrative classification links to the illegal situation of the foreigner, it does not seem to be reasonable to think that that conduct damages the rights of the foreign citizen. In case of the penal sanction of certain behaviors, characterized for improving the status of the foreigner, it cannot be said that one directs to protect that juridical good that preaches the paragraph of the title in which there is fitted the article 318 bis. Very on the contrary, the intervention to sanction does not have another justification that her of protecting the regulation of the migratory flows. But it is doubtful that such a aim should be protected always for the penal code, not at least that is the purpose of the penal norm in any case. It is necessary to differentiate therefore two types of behavior as refer to the entry or traffic of the foreigner or it is a question of collaboration to support the permanency in the territory of the foreigner once already be in this one. It is not acceptable to interpret a penal rule of luck that should include in the same one, suppositions that they do not even deserve the concept of administrative sanction. Provided that the fact proved the appealed judgment, attributes a behavior that favors the permanency carried out by whom it is not imputed for having facilitated the entry in Spanish territory of the foreigner, one CP is not necessary to understand this fact as foreseen in the article 318 bis.

Keywords: crime against the rights of the foreign citizens, foreigners' legal residence.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *CEFLegal. Legislación y Jurisprudencia*, núms. 139-140, agosto-septiembre 2012.

La sentencia que se va a comentar centra su estudio jurídico en el artículo 318 bis del CP, artículo ubicado en el Título XV bis, dentro de «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros». Tras la reforma experimentada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el precepto queda redactado de distinta manera, por la introducción de algunas novedades legislativas. Así, se suprimen el apartado anterior 2 y se reenumeran los siguientes 3, 4, 5 y 6; modificándose los resultantes apartados 2 y 4 del artículo precitado. Si bien, por lo que al comentario se refiere, el debate está en saber si la extensión y firma de una oferta de trabajo presentada en la Subdelegación de Gobierno, por la cual se pide autorización de residencia respecto de unos extranjeros que ya residían ilegalmente en España, es una conducta penalmente típica, subsumible en el tipo penal del artículo 318 bis por favorecer, directa o indirectamente, el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

Una persona firma oferta de trabajo que presenta en un organismo público, por la que se le contrata para la realización de unos espectáculos y se pide el permiso de residencia de quien ya reside en España. Enlazándose así la autorización de residencia y de trabajo.

El tipo penal tiene por misión sancionar las conductas de tráfico ilegal de personas. Curiosamente, a lo largo del tiempo, y tras diferentes modificaciones legales (LO 11/2003, de 29 de septiembre; LO 13/2007, de 19 de noviembre, y la indicada LO 5/2010, de 22 de junio), se han ido concretando las conductas típicas del precepto, hasta el tráfico clandestino o ilegal, en tránsito con destino a España, o «con destino a otro país de la Unión Europea». Sin embargo, en este caso el problema viene determinado por la fecha de los hechos: 23 de noviembre de 2004, la cual condicionaba la interpretación del asunto en función de la regulación de entonces, por la confusión entre los artículos 318 bis y 313.1 del CP.

Según la redacción actual del artículo 318 bis del CP: «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.»

Según la redacción anterior del artículo 313.1 del CP: «El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena (...)».

Como se puede observar, ambos preceptos contienen una regulación similar. Por ello, la sentencia, habida cuenta la fecha de los hechos y la redacción legal existente, tiene que encontrar los argumentos jurídicos para así poder subsumir el hecho en uno u otro precepto legal.

Se acude a los textos de la Unión Europea, sancionadores del tráfico ilegal de seres humanos y también se tiene en cuenta lo previsto en el nuevo artículo 177 bis del CP, añadido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Este último, un artículo único introducido en el Título VII bis, rubricado «De la Trata de Seres Humanos», que pretende proteger la dignidad y la libertad de las personas, tanto españolas como extranjeras, frente a comportamientos, relacionados o no, con delincuencia organizada. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, para justificar la introducción del artículo 177 bis dice literalmente: «Además de la creación del artículo 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1 y 318 bis 2». He aquí la clave de la reforma, provocada por la confusión de los tipos penales indicados. La sentencia se dicta en el año 2012 y se está haciendo eco del sentimiento de la exposición de motivos expuesto. Por consiguiente, queda resuelto el asunto de la doble regulación o similar regulación. Ahora ha desaparecido el apartado 1 del artículo 313 del CP. Queda, tan solo, el segundo número de este artículo.

En el tránsito de decidir la interpretación correcta del artículo 318 bis (desaparecida la confusión con el anterior 313.1), hemos de distinguir la entrada o tránsito del extranjero o la colaboración para la permanencia del extranjero en España. Y concretando más aún, la sentencia centra su estudio en la colaboración para la permanencia de las personas extranjeras en nuestro país, en situación ilegal. Aquí se pretende extender unos contratos para justificar un trabajo en España y el permiso de residencia. Por consiguiente, la conducta a analizar es la de estancia por colaboración prestada en España.

No podemos separar el ilícito penal del ilícito administrativo. La conducta, pudiendo ser penalmente relevante, puede infringir el Derecho administrativo, en cuyo caso la cuestión se circunscribe al principio de intervención mínima del Derecho penal y al ánimo de lucro de la actuación desplegada por quien contrata. Si nos fijamos en el artículo 54.1 b) introducido por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Extranjería, «posterior a la reforma del precepto que se aplica», veremos que la similitud de la redacción es evidente, destacándose como elemento de diferenciación que «no sea constitutivo de delito el hecho». ¿Hay una diferenciación clara entre lo penal y lo administrativo en la conducta de la contratación pretendida de dos extranjeros ya residentes en España, a fin de legalizar su situación irregular con un trabajo en el mundo del espectáculo? Porque esta es la cuestión. La frontera entre el ilícito administrativo y el penal hay que verla en favorecer la entrada, no en el mantenimiento o «permanencia en España». El artículo 318 bis nada dice de comportamientos individuales o de colaboración relativos a favorecer la permanencia del extranjero en España. La conducta de hacer superar los obstáculos legales del extranjero, procurándole un estatuto jurídico de legalidad contractual laboral para la legalidad de su residencia en España, no traspasa la frontera que hace preservar al derecho penal dentro de los mínimos legales ya referidos. La protección del flujo migratorio de los extranjeros tiende a proteger su estatus no a empeorarlo, y no se ve en la conducta del contratista un perjuicio, sino todo lo contrario. La infracción administrativa que se puede haber producido en este caso procura una mejora en el estatus del extranjero, y protege la dignidad de la persona. El bien jurídico debe ser interpretado dentro de los cauces de la dignidad, del respeto a sus derechos, de la integración.

De ahí que, en la medida en que no se aprecia perjuicio alguno para los ciudadanos extranjeros, la sentencia casa la anterior de la audiencia y absuelve al condenado por el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros por el cual había sido inicialmente condenado.