



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

**SIN FRONTERAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS.
LA CRIMINALIZACIÓN EUROPEA DE LA MIGRACIÓN Y EL
DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES COMO POLÍTICA
MIGRATORIA SECURITARIA**

TESIS DOCTORAL

MANUEL CABEZAS-VICENTE

Centro de Investigación en Derechos Humanos y Políticas Públicas (CIDH-Diversitas)

Departamento de Derecho Público General | Área de Derecho Penal

Facultad de Derecho | Universidad de Salamanca

mcabezas@usal.es

Dirección: PROFA. DRA. NIEVES SANZ MULAS

Salamanca, 2024

VNiVERSiDAD D SALAMANCA
Área de
Derecho Penal

Ci |  iversitas
Centro de Investigación en
Derechos Humanos y Políticas Públicas
Universidad de Salamanca

SIN FRONTERAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS.
LA CRIMINALIZACIÓN EUROPEA DE LA MIGRACIÓN Y EL
DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES COMO POLÍTICA
MIGRATORIA SECURITARIA

TESIS DOCTORAL

MANUEL CABEZAS-VICENTE

Centro de Investigación en Derechos Humanos y Políticas Públicas (CIDH-Diversitas)

Departamento de Derecho Público General | Área de Derecho Penal

Facultad de Derecho | Universidad de Salamanca

mcabezas@usal.es

Dirección: PROFA. DRA. NIEVES SANZ MULAS

Nota del autor

La presente investigación ha sido desarrollada en el marco del Proyecto de investigación “Diagnóstico y evaluación del cumplimiento por el estado español del Pacto Mundial de Migraciones desde la perspectiva de género (Migration Pact)”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades para los años 2020-2023 (Ref.: PID2019-106159RB-100/AEI/10.13039/501100011033), así como de la subvención concedida por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León al amparo de la Orden de 21 de diciembre de 2020, de la Consejería de Educación, por la que se convocan ayudas destinadas a financiar la contratación predoctoral de personal investigador, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo.



DEDICATORIA

*A mi familia, Carmen, Jose y Álvaro, y a Olga,
por estar siempre a mi lado, apoyarme en cada decisión y
guiarme en mi camino.*

A mis abuelos, por ser mi ejemplo de vida.

A mis amigos y amigas, sin los cuales no me habría sostenido.

*A todas las personas que deciden o se ven abocadas a construir
su vida en otro lugar.*

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quiero expresar mi agradecimiento a mi directora de tesis, Nieves Sanz Mulas, quien desde un primer momento me abrió las puertas de la Universidad, confió en mí y me ha ayudado y me ha dado todas las facilidades y oportunidades habidas y por haber. Infinitas gracias.

En segundo lugar, dirijo mi agradecimiento hacia aquellas personas que han contribuido de manera directa a mi tesis doctoral: a los profesores Jean-François Gaudreault-Desbiens y Miriam Cohen de la Université de Montréal, quienes me permitieron realizar la estancia en Canadá para formarme; al profesor Miguel Olmedo Cardenete, que me abrió las puertas de la Universidad de Granada y, especialmente, al profesor François Crépeau, mi supervisor en la Universidad McGill, quien siempre me atendió de manera muy atenta y me ayudó a dar un giro radical al proyecto de tesis. A ellos les sumo el agradecimiento a los amigos que me alegraron los fríos días de Montreal (Edoardo, Lucas y Sidonie) y que me hicieron sentir como en mi casa en la calurosa Granada (Biscu e Iván). Os estaré siempre agradecido.

De manera muy especial quiero agradecer a todos los integrantes CIDH-Diversitas, especialmente a mis tutoras en la sombra, Amaia, Eva, Raquel, Adán, Isa, María, además de a Pilar, quien seguro estaría feliz de ver finalizada esta etapa. Muchas gracias por acogerme como uno más desde el primer día y por generar el mejor ambiente de trabajo que uno puede encontrar en la Universidad. Además, dirijo mi agradecimiento a las nuevas incorporaciones de Diversitas, especialmente a Ana, Álex y Pipo: es un lujo trabajar con vosotros y haber compartido el día a día en los últimos meses.

En tercer lugar, agradezco a todos los compañeros y compañeras del área de Derecho penal, pero, en particular, a Wendy y a Isa. Sin vuestro apoyo y sustento en el día seguramente yo no estaría defendiendo esta tesis doctoral. Igualmente agradezco al resto de profesores que me han formado desde la escuela y, particularmente, a la profesora Cristina Méndez, con quien di el primer paso de esta tesis doctoral en el Máster de Derecho penal.

En quinto lugar, quiero acordarme de toda la gente que ha formado parte de mi vida y me ha sabido cuidar como necesitaba a lo largo de todos estos años: a mis chicas favoritas, con las que empezó este proyecto de tesis entre cafés y charloteo, Alejandra, Ana y Elena; a mi núcleo, Diego, Miguel, Elisa y Casaseca; a todos los que siempre habéis estado

(Adela, Álex, Biscu, Celia, Clara, Cris, David, Domi, Eva, Fer, Gonzy, Josema, Lúa, María, Marta, Merche, Pablo, Paco, Ralfi y Sandra) y a las nuevas incorporaciones en mi vida (Lucía, Teresa, Xavi, Javi, Sara, Tito, Mafal, Inés). Gracias por cuidarme, iluminarme y respetar que haya estado más desaparecido que nunca. Os prometo que volveré desde este mismo momento. Además, singularmente agradezco a mis amigos de la carrera: Verónica, Pablo, Antonio, Michelle, Alberto, Javi, quien nos diría hace 10 años que seguiríamos siendo el grupo más molón que ha visto nunca la Facultad de Derecho.

En último lugar doy gracias infinitas a mi familia. Por un lado, a mis abuelos (Ángel, Isa y Pilar), que siempre habéis sido un ejemplo de vida para mí, a mi familia materna (Elena, Justo, Rosa, Nacho, Ángel y Alberto), así como toda mi familia paterna y mis tíos postizos. Y, por otro lado, a quienes más me habéis apoyado, cuidado y soportado en mi día a día. Mi familia, Carmen, Jose y Álvaro, y Olga. Os quiero muchísimo y puedo decir orgulloso que soy lo que soy hoy en día gracias a vosotros, lo que me habéis inculcado desde pequeño y como me habéis ido transformado poco a poco. Muchas gracias.

GLOSARIO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

AAUE	Agencia de Asilo de la Unión Europea
ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
APEC	Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico
CATE	Centro de Atención Temporal de Extranjeros
CE	Constitución Española
CEAR	Comisión Española de Ayuda al Refugiado
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
CESE	Comité Económico y Social Europeo
CETA	Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio entre la UE y Canadá
CETI	Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CONVEMAR	Convención sobre el Derecho del Mar
CMMI	Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales
CP	Código Penal
CRCC	Centro de Coordinación Regional de Canarias
EASO	Oficina Europea de Apoyo al Asilo
ECCHR	Centro Europeo de Derechos Constitucionales y Humanos
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
EURODAC	Dactiloscopia Europea
EUROSUR	Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
FMMD	Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo
FRONTEX	Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas
GMAM	Enfoque Global de la Migración y la Movilidad
GMM	Grupo Mundial sobre Migración
INE	Instituto Nacional de Estadística
LOEx	Ley de Extranjería
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ODM	Objetivos de Desarrollo del Milenio

OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMI	Organización Marítima Internacional
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
ONUDI	Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PCSD	Política Común de Seguridad y Defensa
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PICMME	Comité Intergubernamental Provisional para los Movimientos de Migrantes desde Europa
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
SAR	Search and Rescue
SECA	Sistema Europeo Común de Asilo
SES	Sistema de Entradas y Salidas
SIS	Schengen Information System
SIVE	Sistema Integrado de Vigilancia Exterior
SJM	Servicio Jesuita a Migrantes
SOLAS	Safety of Life at Sea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TLCUEM	Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea
T-MEC	Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
UE	Unión Europea
UNDESA	Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas
UNEP	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNFPA	Fondo de Población de las Naciones Unidas
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
UNODC	Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

UNRWA	Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Próximo.
UNU	Universidad de las Naciones Unidas
VIS	Visas Information System
WFP	Programa Mundial de Alimentos

GLOSARIO DE FIGURAS

Figura 1. <i>Distribución de la riqueza mundial en 2023</i>	12
Figura 2. <i>Riqueza total de las personas con un patrimonio neto superior a 50.000 millones de dólares frente al PIB de determinados países, en billones, 2023</i>	13
Figura 3. <i>Desigualdad de ingresos en el mundo, 1820 a 2020</i>	14
Figura 4. <i>Porcentaje de población extranjera y tasa de homicidios en España, 2004 a 2022</i>	20
Figura 5. <i>Riqueza media por regiones del mundo en 2021</i>	26
Figura 6. <i>Evolución del PIB y de la población, 1980 a 2023</i>	28
Figura 7. <i>Población migrante internacional según nivel de ingresos, 1990 a 2020</i>	34
Figura 8. <i>Población migrante internacional por región de procedencia en 2020</i>	36
Figura 9. <i>Desplazados internos, refugiados y solicitantes de asilo, en millones, 2014 a 2023</i>	37
Figura 10. <i>Desplazamientos internos, en millones, 2008 al 2023</i>	38
Figura 11. <i>Migrantes internacionales en Europa según su región de origen, en millones, 1990 a 2020</i>	41
Figura 12. <i>Pronóstico de crecimiento demográfico por regiones, en billones, 2024 a 2100</i>	44
Figura 13. <i>Crecimiento demográfico en el Magreb, 1950 a 2024</i>	45
Figura 14. <i>Solicitantes de asilo en la UE según nacionalidades mayoritarias</i>	46
Figura 15. <i>Rutas que llevan al mar Mediterráneo, noviembre de 2019 a marzo de 2023</i>	60
Figura 16. <i>Cruces irregulares de las fronteras de la Unión Europea por rutas migratorias</i>	61
Figura 17. <i>Cruces irregulares de las fronteras de la UE en las principales rutas, 2014 a 2023</i>	62
Figura 18. <i>Entradas irregulares por mar en las islas Canarias, 1994 a septiembre de 2024</i>	64

Figura 19. <i>Cruces irregulares en las rutas españolas, por meses, enero de 2009 a agosto de 2024.....</i>	65
Figura 20. <i>Migrantes fallecidos o desaparecidos en el mundo por rutas migratorias, 2014-septiembre de 2024.....</i>	66
Figura 21. <i>Migrantes fallecidos o desaparecidos por rutas seleccionadas, 2014 a 2023</i>	67
Figura 22. <i>Migrantes fallecidos o desaparecidos por rutas seleccionadas, 2014 a 2023</i>	68
Figura 23. <i>Número de embarcaciones y capacidad (personas por embarcación) en las rutas marítimas españolas, 2016 a 2023.....</i>	71
Figura 24. <i>Accidentes detectados en la ruta de África occidental, 2021 a 2023</i>	72
Figura 25. <i>Tasas de mortalidad y cruces irregulares en las rutas mediterráneas por meses, 2015 a 2023.....</i>	74
Figura 26. <i>Tasas de mortalidad y cruces irregulares en la ruta de África Occidental por meses, 2015 a 2023.....</i>	75
Figura 27. <i>Evolución de los principales hitos de la gestión global de la migración</i>	93
Figura 28. <i>Evolución de los principales hitos en la gestión de la migración en la Unión Europea.</i>	114
Figura 29. <i>Expulsiones, devoluciones y total de repatriaciones incoadas y ejecutadas en España (2018-2021)</i>	114
Figura 30. <i>Países beneficiarios del Fondo Fiduciario de Emergencia para África por regiones</i>	152
Figura 31. <i>Fondo Fiduciario de Emergencia para África</i>	154
Figura 32. <i>Mapa de los muros físicos en las fronteras de la Unión Europea.....</i>	175
Figura 33. <i>Evolución temporal de los muros físicos en las fronteras de la Unión Europea</i>	176
Figura 34. <i>CIE, CETI, y CATE en España.....</i>	184
Figura 35. <i>Cruces irregulares de las fronteras de la UE en las principales rutas, 2014 a 2023</i>	207

Figura 36. <i>Procesos administrativos y penales contra buques. 2017 - 31 de mayo de 2024. Italia, Malta, Países Bajos, España y Alemania</i>	242
Figura 37. <i>Procesos administrativos y penales contra buques. 2017 - 31 de mayo de 2024. Italia, Malta, Países Bajos, España y Alemania</i>	244
Figura 38. <i>Estados parte del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.....</i>	254
Figura 39. <i>Prisión por la ayuda a la migración irregular con ánimo de lucro. Límites mínimos, regulación actual y propuesta de Directiva.....</i>	285
Figura 40. <i>Prisión por la ayuda a la migración irregular con ánimo de lucro y pertenencia a organización criminal. Límites mínimos, regulación actual y propuesta de Directiva.</i>	286
Figura 41. <i>Prisión por la ayuda a la migración irregular con ánimo de lucro y puesta en peligro de la vida. Límites mínimos, regulación actual y propuesta de Directiva.</i>	287
Figura 42. <i>Penas de prisión por el delito de ayuda a la migración irregular (sin lucro)</i>	294
Figura 43. <i>Penas de prisión por el delito de ayuda a la migración irregular (con lucro) / tráfico de migrantes.....</i>	296
Figura 44. <i>Penas de prisión por el delito de ayuda a la estancia irregular (sin lucro)</i>	298
Figura 45. <i>Penas de prisión por el delito de ayuda a la estancia irregular (con lucro)</i>	300
Figura 46. <i>Penas de prisión por el delito de ayuda a la entrada irregular (con lucro) con la agravante de pertenencia a grupo organizado</i>	303
Figura 47. <i>Penas de prisión por el delito de ayuda a la entrada irregular (con lucro) con la agravante de puesta en peligro de las personas objeto de tráfico</i>	304
Figura 48. <i>Máxima penas de prisión por el delito de ayuda a la entrada irregular (con lucro y circunstancias agravantes).....</i>	307
Figura 49. <i>Máxima penas de prisión por el delito de ayuda a la permanencia irregular (con lucro y circunstancias agravantes)</i>	308

GLOSARIO DE TABLAS

Tabla 1. <i>Población y renta en el mundo en 2023</i>	26
Tabla 2. <i>Población migrante internacional por región de procedencia en 2020</i>	35
Tabla 3. <i>Respuesta de las personas entrevistadas por el MMC a la pregunta “¿Por qué razones abandonó su país de origen?” según región de nacionalidad</i>	42
Tabla 4. <i>Tasas de mortalidad en la ruta de África Occidental según la región de origen</i>	69
Tabla 5. <i>Buques y aeronaves desplegados por la sociedad civil: visión general de los procedimientos judiciales, 2017 - 31 de mayo de 2024, Italia, Malta, Países Bajos, España y Alemania</i>	239
Tabla 6. <i>Procesos administrativos y penales contra buques, 2017 - 31 de mayo de 2024, Italia, Malta, Países Bajos, España y Alemania</i>	240
Tabla 7. <i>Diferencias entre la regulación penal del tráfico de migrantes de la ONU y ayuda a la migración irregular por la UE</i>	271
Tabla 8. <i>Comparativa de las penas de prisión (en años) aplicables al delito de ayuda a la migración irregular antes y después de la propuesta de Directiva</i>	284
Tabla 9. <i>Causas de exclusión de la responsabilidad penal</i>	302
Tabla 10. <i>Pena de prisión por ayuda a la migración irregular y tráfico de migrantes en años</i> 311	
Tabla 11. <i>Penas de prisión por ayuda a la estancia irregular en años</i>	312
Tabla 12. <i>Propuesta de lege ferenda comparativa con la propuesta de Directiva de la UE</i>	386

ANEXO I

Tabla 1. <i>Cruces irregulares en las fronteras europeas, 2014 a 2023</i>	523
Tabla 2. <i>Muertes en las fronteras europeas, 2014 a 2023</i>	523
Tabla 3. <i>Tasa de mortalidad en las fronteras europeas, 2014 a 2023</i>	524

Tabla 4. <i>Migrantes y embarcaciones llegadas a España por tierra y mar, 2016 a 2023</i>	525
Tabla 5. <i>Cruces irregulares, muertes y tasa de mortalidad en las rutas del Mediterráneo por meses, 2014 a 2023</i>	526
Tabla 6. <i>Cruces irregulares, muertes y tasa de mortalidad en la ruta de África occidental por meses, 2014 a 2023</i>	527
Tabla 7. <i>Cruces irregulares, muertes y tasa de mortalidad en la ruta de África occidental por meses, 2020 a 2024</i>	528

ANEXO II

Tabla 1. <i>Ayuda de la migración irregular y tráfico de migrantes en la legislación nacional europea</i>	529
--	-----

ANEXO III

Tabla 1. <i>Análisis jurisprudencial del delito de ayuda a la inmigración irregular tras la reforma de 2015, 2015 a 2020</i>	545
---	-----

Índice

CAPÍTULO 1

Éxodo en un mundo capitalista: globalización y migraciones internacionales	1
I. Del neoliberalismo al totalitarismo financiero	1
1. El origen del proceso de globalización.....	1
2. Características de la globalización neoliberal	3
3. El neoliberalismo como germen de desigualdad	9
3.1. La desigualdad intrínseca a la economía neoliberal	9
3.1. De la concentración de la riqueza al neoliberalismo punitivo.....	11
4. El migrante como enemigo del sistema.....	15
4.1. La construcción del enemigo laboral y económico	16
4.2. La protección de la identidad nacional	17
4.3. El nexo entre migración y delincuencia	19
5. Impactos de la globalización neoliberal en el desarrollo.....	23
6. A modo de sumario.....	29
II. La globalización de las migraciones.....	33
1. Los movimientos migratorios internacionales.....	33
2. Migración mixta hacia europa: intersecciones en los factores de expulsión y atracción.....	40
2.1. Migración y población: el Mediterráneo y el Atlántico como las grandes fallas demográficas mundiales	43
2.2. Migraciones forzadas hacia Europa: el Mediterráneo como última vía de escape	46
2.2.1. La solidaridad selectiva y eurocéntrica de los refugiados ucranianos....	47
2.2.2. Los intereses imperialistas de occidente: los desplazamientos forzosos en Siria, Afganistán e Iraq.....	48
2.2.3. Movimientos migratorios a través del Mediterráneo central y occidental: la grave crisis del Sahel	53

2.2.4.	El genocidio palestino	57
2.3.	Las rutas de migración irregular con destino a Europa: el Atlántico y el Mediterráneo como puertas de entrada al viejo continente	59
2.4.	Migración irregular con destino Europa: el Atlántico y el Mediterráneo como las mayores fosas comunes del mundo.....	65
3.	Como recapitulación.....	76

CAPÍTULO 2

	Cimentando la crimigración: la progresiva securitización de la política migratoria europea.....	83
I.	Política migratoria internacional: cuando lo no vinculante cae en saco roto	83
1.	La desgobernanza global de la migración	87
2.	Hacia una migración segura, ordenada y regular	93
2.1.	Zanadillas y secuelas en el Pacto Mundial para la Migración.....	95
2.2.	Principios y visiones del Pacto: Las personas en el centro del tablero.....	98
2.3.	Contenido normativo del Pacto: la gestión holística de la migración	100
3.	Como conclusiones preliminares.....	103
II.	Construyendo la “europa fortaleza”	107
1.	Evolución de la europa fortaleza	108
1.1.	Política migratoria securitaria: el nexa entre migración y seguridad en la Unión Europea.....	108
1.2.	El blindaje definitivo de la Europa Fortaleza tras la crisis de 2015	114
1.3.	A modo de resumen.....	117
2.	La securitización en destino: europa como un gigantesco embudo de salida	119
2.1.	La desvirtuación del derecho de asilo.....	119
2.1.1.	Control e ineficiencia a través de Eurodac y del sistema Dublín	122
2.1.2.	De la solidaridad coercitiva a la solidaridad a la carta como respuesta a la crisis de 2015	124

2.1.3.	Las deficiencias del SECA como excusa para socavar los derechos de los migrantes	128
2.2.	La denegación de entrada y la expulsión del no deseado	133
2.2.1.	La repatriación en el derecho español: retornos, expulsiones y devoluciones	135
2.2.2.	De la expulsión administrativa a la expulsión como pena	135
2.2.3.	El aval de las devoluciones en caliente	140
2.3.	Como sumario	144
3.	La securitización en origen y tránsito: cuanto más lejos, mejor	146
3.1.	El proceso de desterritorialidad europeo: externalización y Extraterritorialización fronteriza	146
3.2.	Las manifestaciones del proceso de desterritorialidad europeo	150
3.2.1.	El cierre del Mediterráneo central: los acuerdos con Túnez, Argelia y Libia	154
3.2.2.	El cierre del Mediterráneo Oriental: los acuerdos con países fronterizos y la declaración UE-Turquía	158
3.2.3.	El cierre del Mediterráneo Occidental y del océano Atlántico: los acuerdos con Marruecos y los países del litoral occidental africano	160
3.3.	A modo de recapitulación	170
4.	La securitización en frontera: cemento y armas para sellar la fortaleza	171
4.1.	La Gestión Integrada de Fronteras	171
4.2.	La construcción de muros físicos	174
4.3.	El enfoque de hotspots y el internamiento en centros	178
4.4.	La militarización de las operaciones	185
4.5.	Como síntesis	191

CAPÍTULO 4

El uso del derecho penal como instrumento de control migratorio.....	197
I. El tráfico de migrantes como única alternativa de movimiento	197
1. La lucha contra el tráfico como forma de securitización del humanitarismo y los derechos humanos.....	197
2. Concepto y limitaciones de los estudios sobre tráfico de migrantes	199
3. Características del tráfico de migrantes.....	203
3.1. El tráfico como negocio y las reglas de la oferta y la demanda	203
3.2. La facilidad de adaptación a los cambios de rutas.....	206
3.3. La ausencia de grandes monopolios y la flexibilidad del mercado	208
3.4. Organización y coordinación de los traficantes.....	210
3.5. Conexión étnica entre traficantes y migrantes y vinculación geográfica al territorio de tráfico.....	213
3.6. Necesidad de mantener la buena imagen y reputación del negocio	214
3.7. Variedad de modalidades de tráfico	216
3.8. La débil conexión con otras formas delictivas	218
3.9. Potenciales peligros en el tráfico de migrantes	220
4. Síntesis global del negocio del tráfico de migrantes	222
II. El rescate humanitario en el mar y el desembarco en un puerto seguro.....	227
1. El deber internacional de rescate humanitario y de traslado a un lugar seguro....	227
2. La ausencia de un deber estatal de desembarco	230
3. La persecución europea del salvamento humanitario.....	235
3.1. Las operaciones sar de la sociedad civil para llenar el vacío estatal	235
3.2. La criminalización del rescate humanitario.....	238
4. Ideas preliminares.....	245

III.	Naciones unidas y su “utópico” esfuerzo armonizador: estándares de represión del tráfico de migrantes en el protocolo de palermo	249
1.	Del combate al tráfico de mano de obra a la lucha contra el tráfico de migrantes	249
2.	El protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire	252
2.1.	El contenido del protocolo de palermo.....	255
2.2.	El debate en torno al bien jurídico protegido	256
2.2.1.	La protección de los intereses estatales	256
2.2.2.	La protección total o parcial de los derechos de los migrantes	259
3.	Recapitulación y toma de postura.....	262
IV.	El castigo de toda colaboración a la migración irregular en la esfera europea	265
1.	El derecho penal europeo como herramienta de control migratorio	265
1.1.	El contenido del paquete de ayuda: abriendo las puertas a la criminalización de la solidaridad.....	267
1.2.	Seguimiento y evaluaciones del paquete de ayuda: nadie lo quiere, pero no se toca	272
2.	La nueva propuesta de directiva. ¿una solución garantista y efectiva?.....	277
2.1.	Ánimo y contenido de la propuesta: muchas palabras para poca concreción	277
2.2.	Los mil y un defectos de la propuesta europea.....	279
3.	La trasposición normativa europea.....	289
3.1.	Ayuda a la entrada irregular	290
3.1.1.	Ánimo de lucro	290
3.1.1.	Definición de la conducta	291
3.1.2.	Intencionalidad	293
3.1.3.	Castigo penal	293
3.2.	Ayuda a la permanencia y tránsito irregular.....	296
3.3.	Causas de exclusión de la responsabilidad penal	300
3.4.	Circunstancias agravantes y atenuantes.....	302

3.5.	Ámbito territorial.....	309
3.6.	Castigo penal a los migrantes	309
4.	Síntesis preliminar	313
V.	Castigo penal del tráfico de migrantes en españa: cuando los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros se vuelven contra ellos	319
1.	La deriva histórica del artículo 318 bis del código penal	319
1.1.	Reformas penales de 1999 y 2000.....	320
1.2.	Reformas penales de 2003 y 2007.....	321
1.3.	Reforma penal de 2010.....	323
1.4.	Reforma penal de 2015.....	324
2.	El solapamiento penal y administrativo: la vulneración de los principios penales 325	
3.	Análisis jurídico del delito.....	328
3.1.	Bien jurídico protegido.....	328
3.1.1.	Los derechos de los ciudadanos extranjeros.....	328
3.1.2.	Los intereses estatales en el control de los flujos migratorios.....	335
3.1.3.	Posturas eclécticas	341
3.1.4.	Posición jurisprudencial	342
3.2.	Tipo objetivo.....	347
3.2.1.	Sujeto activo	347
3.2.2.	Sujetos pasivo del delito y de la acción.....	348
3.2.3.	Conductas y causa específica de exclusión	349
3.2.4.	Iter críminis.....	358
3.3.	Tipo subjetivo	360
3.4.	Tipos cualificados.....	361
3.5.	Tipo privilegiado	365
3.6.	Consecuencias jurídicas del delito.....	365
3.7.	Relaciones concursales	367

4. Toma de postura y conclusiones previas	371
---	-----

CAPÍTULO 4

Propuestas de política criminal	381
--	------------

I. Enfoque victimocéntrico y derecho penal como ultima ratio	381
--	-----

1. Propuesta al legislador europeo	381
--	-----

1.1. Motivación de las propuestas	381
---	-----

1.2. Propuesta de lege ferenda	386
--------------------------------------	-----

b) la menor gravedad del hecho atendiendo a la acción y las circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste.....	388
--	-----

1.3. Justificación de la propuesta de lege ferenda	389
--	-----

1.3.1. Inclusión de ánimo de lucro como requisito preceptivo.....	389
---	-----

1.3.2. Previsión de un requisito de abuso de la especial situación de vulnerabilidad o necesidad de la víctima.....	392
---	-----

1.3.3. Eliminación de la incitación pública a la comisión del delito	393
--	-----

1.3.4. Modificación de las infracciones penales agravadas.....	393
--	-----

1.3.5. Cambios en las circunstancias agravantes	395
---	-----

1.3.6. Reducción de los límites máximos de las penas.....	397
---	-----

1.3.7. Ampliación de las circunstancias atenuantes.....	399
---	-----

1.3.8. Otros cambios legislativos.....	400
--	-----

2. Otras propuestas de política criminal	401
--	-----

Conclusiones.....	405
-------------------	-----

Referencias	433
-------------------	-----

Anexo 1.....	523
--------------	-----

Anexo 2.....	529
--------------	-----

Anexo 3.....	545
--------------	-----



INTRODUCCIÓN

El fenómeno migratorio es tan antiguo como la historia de la humanidad y ha estado presente en todas las civilizaciones con independencia de sus culturas, tradiciones y religiones. Sin embargo, gracias al desarrollo del proceso de globalización y al progreso tecnológico y de los medios transporte, en los últimos siglos, y especialmente en décadas recientes, las migraciones han adquirido una dimensión mundial, configurándose como un fenómeno social con implicaciones políticas, económicas, culturales, religiosas e incluso legislativas y de seguridad.

Los desplazamientos internacionales, a su vez, no se comprenden como manifestaciones lineales, estancas o ahistóricas, sino que vienen determinadas por los diferentes factores que impactan sobre la vida social de las poblaciones. De este modo, Europa, que hoy en día se constituye como un continente eminentemente receptor de migración, fue el escenario de masivas migraciones durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. En este sentido, debido al empobrecimiento de los países y la falta de trabajo, en provecho de los asentamientos coloniales, los ciudadanos europeos encontraron en el continente americano el escenario idóneo en el que poder desarrollar una vida digna. A su vez, tras los drásticos impactos económicos que asolaron Europa finalizada la Segunda Guerra Mundial, el viejo continente se beneficiaría de la mano de obra extranjera para reconstruir unas sociedades económica y políticamente devastadas.

En la actualidad, con motivo de las repercusiones del sistema económico neoliberal y de las lógicas neocoloniales fruto del devenir histórico, regiones enteras del planeta han quedado excluidas del sistema mundial. Bajo este paradigma, los Estados del norte global imponen su dominación política, económica, cultural y mediática sobre aquellos otros localizados en el sur del planeta, cuyos ciudadanos se ven abocados a trasladarse con motivo de la precariedad económica, la inestabilidad política, el cambio climático, los conflictos armados o, simplemente, por la búsqueda de mejores oportunidades en nuevos territorios. Así, la confluencia entre los distintos factores de expulsión y las condiciones sociales en los Estados de origen y tránsito convierte a las rutas migratorias con destino a Europa en el último recurso al que aferrarse para la búsqueda de una vida mejor.

Esta tesis parte del planteamiento de que los Estados europeos y la UE en su conjunto, en su intento proteccionista de salvaguardar su malogrado espacio de libertad, seguridad y justicia, blindan sus fronteras exteriores ante las amenazas que lo ponen en peligro, encontrando en la figura del migrante irregular pobre el enemigo del que resguardarse.

De este modo, la hipótesis de partida encuentra su relación en que las políticas de exclusión emanadas de la UE, puestas en práctica por sus Estados miembros, empujan a la irregularidad y clandestinidad a las personas migrantes que emprenden sus trayectos hacia suelo europeo, con independencia de su estatus migratorio. Unos movimientos migratorios que, debido a las dificultades de traslado autónomo, obligan a las personas a recurrir a los servicios de traficantes como alternativa de entrada irregular. En este sentido, la presente investigación concibe los movimientos migratorios internacionales dentro del concepto de “migraciones o flujos mixtos”, entendiendo este como aquellos movimientos transfronterizos de personas que, empleando las mismas rutas migratorias y medios de transporte, generalmente clandestinos, abarcan multitud de motivos de desplazamiento, lo que incluye a solicitantes de asilo y refugiados, migrantes económicos y climáticos o víctimas de trata de seres humanos, entre otros. Es por ello por lo que, aunque se haga hincapié en aspectos concretos para las condiciones específicas de determinados tipos migratorios, el estudio se realiza desde una perspectiva holística de la migración internacional.

El objetivo general de la investigación es realizar un estudio político-criminal de los delitos de tráfico de migrantes y ayuda a la migración irregular en las esferas europea y española, poniéndolo en contexto con las políticas migratorias comunitarias, para ofrecer una propuesta legislativa que proteja los derechos de las personas migrantes. Los objetivos secundarios comprenden la contextualización de las migraciones internacionales en el paradigma económico neoliberal y el estudio de los motivos subyacentes a los movimientos mixtos internacionales con destino Europa, el análisis crítico de la evolución de la gobernanza y gestión migratoria en las esferas de Naciones Unidas y de la Unión Europea, así como la exploración de las características que envuelven el fenómeno del tráfico de migrantes.

La tesis se articula siguiendo una metodología jurídica de investigación *de lege ferenda*. De este modo, se parte de la identificación y contextualización del fenómeno migratorio y, específicamente del tráfico de migrantes, para posteriormente realizar una revisión crítica del actual marco vigente tanto en el ámbito comunitario, como nacional. Para ello, se recurre a la revisión bibliografía, tanto para el análisis legislativo como fáctico de la realidad del tráfico de migrantes. De idéntica manera, se procede con el análisis legislativo comparado de los diferentes Estados que integran la Unión Europea, complementado con las normativas penales de los países que comprenden el área

Schengen o cuentan con acuerdos de libre circulación en la Unión. Además, el estudio se completa con aportes jurisprudenciales que enriquecen la dimensión fáctica de los diferentes apartados. En último lugar, sobre la base de las características criminológicas y sociales y de las carencias, repercusiones y deficiencias de las normativas, se sustenta la propuesta modificativa de la legislación comunitaria, en tanto el tráfico de migrantes y la facilitación de la migración son ámbitos sujetos a la labor armonizadora de la Unión Europea.

Así mismo, se precisa que el alcance del presente trabajo es limitado. En este sentido, debe advertirse que, como se ha mencionado, el fin último de la tesis doctoral corresponde a la formulación de una propuesta *de lege ferenda* amparada en un análisis político-criminal de las soluciones aportadas en las instancias comunitarias y nacionales. En este sentido, el análisis del articulado legislativo comunitario y nacional, si bien atiende a un estudio bibliográfico de los principales trabajos sobre la materia, evita entrar en profundidad en aspectos técnicos propios de la dogmática penal. Del mismo modo, debe repararse en que la investigación se circunscribe al delito de tráfico de migrantes y de facilitación de la migración irregular, traducido en la normativa española bajo la rúbrica de “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, debido a su tradicional empleo como herramienta de política migratoria excluyente. Así, se han dejado fuera del estudio otra serie de figuras delictivas que, igualmente, guardan relación con el fenómeno que se examina, como los previstos en los artículos 311 bis y 312 del Código Penal español.

Igualmente, a lo largo de la tesis se detectan multitud de carencias, limitaciones, restricciones interpretativas y lagunas de la respuesta europea y nacional al fenómeno migratorio. Sin embargo, dado el alcance y objetivo de la investigación, los problemas detectados se utilizarán como marco contextual de la realidad social y criminal estudiada, obviando precisar soluciones específicas que, por otro lado, deben resolverse desde la esfera política y de otras disciplinas legales (administrativa, civil, procesal, laboral, internacional).

Por otro lado, el análisis jurisprudencial sobre el bien jurídico protegido se circunscribe a las resoluciones del Tribunal Supremo español debido a su labor como máximo intérprete y aplicador del ordenamiento jurídico nacional, así como de fijar una doctrina uniforme que aporte seguridad jurídica a la norma. No obstante, cabe destacar que, dadas las mayores dificultades de acceso a la justicia para las personas extranjeras, quienes

integran el grueso de víctimas y victimarios del delito que se estudia, así como a la potencial expulsión del territorio español por su situación administrativa, los casos que terminan llegando al Tribunal Supremo se ven ampliamente restringidos. Es por ello por lo que las resoluciones de los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales ayudan a ofrecer una imagen más fiel de la realidad delictiva, en tanto suelen ser los casos más graves en concurso con delitos de mayor lesividad, como la trata de seres humanos, los que concluyen su casación ante el máximo órgano jurisprudencial. Por este motivo, las resoluciones judiciales estudiadas se han empleado para delimitar el bien jurídico protegido, pero se han excluido a la hora de sacar valoraciones y conclusiones definitivas de la realidad criminológica.

Como última limitación, se reseña que la investigación centra su atención en las fronteras marítimas europeas, mediterránea y atlántica. En este sentido, no debe obviarse que el fenómeno migratorio y el tráfico de migrantes abarcan dimensiones mucho más amplias que las estudiadas, siendo múltiples sus expresiones en fronteras marítimas, aéreas y terrestres. Sin embargo, debido a la especial trascendencia de la frontera sur europea en términos humanos, así como del tráfico de migrantes como única alternativa de cruce marítimo, el análisis crítico de políticas y legislaciones se focaliza en la realidad factual mencionada.

En último término y de manera muy resumida, el trabajo se estructura en cuatro capítulos. Se abordan, en primer lugar, las características propias del sistema económico neoliberal y sus implicaciones en el desarrollo. Con ello, se liga el fenómeno migratorio con los factores de expulsión sistémicos y las repercusiones de las políticas occidentales. Así, se procede a dar una muestra de la realidad migratoria de las fronteras marítimas europeas y sus consecuencias en términos humanos. En segundo término, se aborda la gestión internacional de las migraciones en los ámbitos de Naciones Unidas y de la Unión Europea. Con respecto al primero de ellos, la investigación hace hincapié en la necesidad de la gobernanza global de los movimientos migratorios, así como de fijación de estándares internacionales en materia de derechos humanos, para lo que se acude al Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular como instrumento de referencia en el seno de la ONU. En lo que atañe a la Unión Europea, el capítulo se sistematiza siguiendo la implementación de políticas en las diferentes etapas del proceso migratorio, subdividiéndose en aquellas ejecutadas en destino, origen, tránsito y en frontera. El tercer capítulo se dedica al análisis del tráfico de migrantes y su traducción legislativa penal.

Así, se ofrece un estudio del fenómeno desde una perspectiva social y criminológica, para posteriormente entrar en el ámbito legislativo. Para plantear su análisis se va de lo general a lo particular, por lo que se parte de la regulación de Naciones Unidas, para pasar a la labor armonizadora de la UE y su traducción nacional en los diferentes Estados miembros, concluyendo con el estudio del articulado del Código penal español. Finalmente, el capítulo 4 se orienta a la formulación de una propuesta *de lege ferenda* al legislador europeo, y en la que se parte de una perspectiva victimocéntrica, de modo que el cuadro comunitario garantice la protección de los derechos de las personas migrantes y, con ello, se evite la administrativización del Derecho penal y su uso como política migratoria securitaria.

INTRODUCTION

The phenomenon of migration is as old as the history of humanity and has been present in all civilisations regardless of their cultures, traditions and religions. However, the advent of globalization and concomitant technological and transport progress has, in recent centuries, particularly in recent decades, imbued migration with a global dimension, transforming it into a social phenomenon with political, economic, cultural, religious and even legislative and security implications.

International displacements are not regarded as linear, static or ahistorical phenomena; rather, they are shaped by a range of factors that influence the social dynamics of populations. Consequently, Europe, which is currently a continent with a significant migratory presence, was the setting for massive migrations during the 19th century and the initial half of the 20th century. In this context, the impoverishment of the countries and the lack of opportunities, particularly in the context of colonial settlements, created an ideal scenario for European citizens found in the American continent, where they could develop a dignified life. Similarly, after the severe economic of the Second World War, which devastated Europe, the continent benefited from foreign labour to rebuild its political and economic structures.

Nowadays, the consequences of the neoliberal economic system and the neo-colonial logic of history, have resulted in the marginalization of entire regions of the planet from the global system. This paradigm entails that states in the global North impose their political, economic, cultural and media domination on those located in the global South. This results in the relocation of citizens from the global South, due to a range of factors including economic instability, political uncertainty, climate change, armed conflicts, and the pursuit of improved prospects in alternative territories. Therefore, the confluence between the different factors that drive people from their homes and the social conditions in the countries of departure and transit make the journey to Europe the last resort for those seeking a better life.

This thesis is based on the assumption that European states and the EU as a whole, in their protectionist attempt to safeguard their ill-fated area of freedom, security and justice, seek to fortify their external borders against the threats that endanger it. In this endeavour, they have identified the figure of the poor irregular migrant the enemy from which to protect themselves. It is therefore hypothesised that the exclusion policies of the EU, as enacted by its member states, result in migrants undertaking journeys to Europe, being

pushed into irregularity and clandestinity, regardless of their migratory status. Migratory movements that are impeded by the difficulties of autonomous movement, force people to resort to the services of smugglers as an alternative for irregular entry. In this sense, the present research conceives international migratory movements within the framework of 'mixed migrations or flows'. These are understood as those cross-border movements of people who, using the same migratory routes and means of transport, which are generally clandestine, encompass a multitude of reasons for movement. These include asylum seekers and refugees, economic and climate migrants or victims of human trafficking, among others. This is why, although particular aspects are emphasised in relation to specific conditions associated with particular types of migration, the study is carried out from a holistic perspective that encompasses the full spectrum of international migration.

The overarching aim of this research is to conduct a comprehensive political and criminal study of the crimes associated with migrant smuggling and aiding irregular migration within the European and Spanish contexts. This will be contextualized with the framework of EU migration policies, with the objective of formulating a legislative proposal that safeguards the rights of migrants. The secondary objectives include contextualising international migration within the neoliberal economic paradigm and studying the underlying motives behind mixed international movements to Europe. In addition, the evolution of migration governance and management in the spheres of the United Nations and the European Union will be critically analysed, as well as the exploration of the characteristics surrounding the phenomenon of migrant smuggling.

The thesis is structured in accordance with the principles of *lege ferenda* legal research methodology. In this way, the research begins with the identification and contextualisation of the migratory phenomenon and, with a particular focus on migrant smuggling. This is followed by a critical review of the current legal framework at both the EU and national levels. In order to achieve this, a review of the relevant literature is employed for the purposes of both the legislative and factual analysis of the reality of migrant smuggling. Similarly, a comparative legislative analysis of the various states that make up the European Union is conducted, with the criminal regulations of the countries that are part of the Schengen Area or have free movement agreements within the Union also taken into account. Furthermore, the study incorporates insights from the field of jurisprudence, which enhance the factual dimension of the different sections. Finally, the proposal to amend EU legislation is based on the recognition that migrant smuggling and

the facilitation of migration are areas subject to harmonisation at the European Union Level, taking into account the criminological and social characteristics of the issue and the shortcomings, impacts and deficiencies of the current regulations.

It is also important to note that the scope of this work is limited. In this sense, as previously stated, the ultimate aim of this doctoral thesis is to propose a *lege ferenda* proposal based on a political-criminal analysis of the solutions provided by Community and national bodies. In this regard, the examination of Community and national legislation, although grounded in a bibliographical analysis of the main works on the subject, avoids going into depth into the technical aspects of criminal dogmatics. Similarly, it should be noted that the research is limited to the crime of smuggling migrants and facilitating irregular migration, translated into Spanish legislation under the heading of ‘crimes against foreign citizens’. This is due to the traditional use of this offence as a tool of an exclusionary migration policy. Therefore, the study excludes a number of additional criminal offences that are also pertinent to the phenomenon under examination, such as those provided for in Articles 312 and 313 of the Spanish Penal Code.

Likewise, the thesis identifies numerous shortcomings, limitations, interpretative constraints and gaps in the European and national response to the migration phenomenon are detected. However, in the light of the extensive scope and objective of the research, the aforementioned issues will be employed as a contextual framework for the social and criminal reality under examination. It is thus prudent to refrain from delineating specific solutions which, on the other hand, must be addressed by the political sphere and other legal disciplines (administrative, civil, procedural, labour, international).

Conversely, the analysis of jurisprudence pertaining to the protected legal right is constrained to the decisions of the Spanish Supreme Court, given its role as the highest arbiter and enforcer of the national legal system, as well as its responsibility for establishing a uniform doctrine that provides legal certainty to the law. However, it should be noted that the greater difficulties of access to justice for foreigners, who represent the majority of victims and perpetrators of the crime under study, as well as the potential expulsion from Spanish territory due to their administrative situation, result in a significant restriction of cases reaching the Supreme. This is why the decisions of the Criminal Courts and Provincial Courts provide a more accurate representation of the criminal reality, as it is typically the most serious cases, competing with more serious

crimes, such as human trafficking, that are appealed to the highest judicial authority. For this reason, the judicial decisions under examination have been employed to delineate the protected legal right, but have been excluded when formulating assessments and conclusions pertaining to the criminological reality.

As a final limitation, it should be noted that the research focuses on European, Mediterranean and Atlantic maritime borders. In this sense, it should not be forgotten that the migratory phenomenon and the trafficking of migrants have a much broader scope than the parameters of this study, manifesting in various forms at maritime, air and land borders. However, due to the particular significance of the southern European border in human terms, as well as the trafficking of migrants representing the sole maritime crossing alternative, the critical analysis of policies and legislation is concentrated on the aforementioned factual reality.

In conclusion, the paper is structured in four chapters, presented in a concise and comprehensive manner. The initial chapter addresses the defining characteristics of the neoliberal economic system and its implications for development. In this way, the migration phenomenon is connected to systemic push factors and the consequences of Western policies. Subsequently, it offers an overview of the reality of migration at Europe's maritime borders and its consequences. Secondly, this research addresses the international management of migration within the United Nations and the European Union. In terms of the first of these, the research highlights the necessity for global governance of migratory movements, as well as the establishment of international standards in the field of human rights. In this regard, the Global Compact for Safe, Orderly and Regulatory Migration is identified as a key instrument within the UN. With respect to the European Union, the chapter is structured according to the implementation of policies across the different stages of the migration process, which are classified into those implemented at the destination, origin, transit and border. The third chapter is dedicated to the analysis of migrant smuggling and its translation into criminal legislation. Consequently, it presents a study of the phenomenon from a social and criminological perspective, subsequently transitioning to an examination of the legislative domain. In order to approach its analysis, the text begins with a discussion of the United Nations regulation, before moving on to consider the harmonising work of the EU and its national translation in the different Member States. Finally, this thesis concludes with a study of the articles of the Spanish Criminal Code. In conclusion, Chapter 4 puts forward a

proposal of a *lege ferenda* to the European legislator. This proposal is based on a victim-centred perspective and aims to guarantee the protection of migrants' rights within the Community framework. This will help to prevent the administrative criminalisation of migration and the use of such measures as securitisation of migration policy.



CONCLUSIONES

I. EL SISTEMA ECONÓMICO NEOLIBERAL CAUSA PROFUNDAS DESIGUALDADES

El sistema económico neoliberal que rige en la época actual ha doblegado el papel del Estado a la lógica del mercado, privatizando y mercantilizando todo tipo de bienes y servicios. A su vez, las características intrínsecas al sistema han provocado profundas crisis económicas, las cuales han tratado de ser contrarrestadas a través de deuda pública y medidas de austeridad que han engrosado las profundas desigualdades con origen en el libre mercado. Así mismo, la vida neoliberal ha impregnado en las relaciones sociales, depositando en el individuo “emprendedor” la responsabilidad de su progreso individual, culpabilizándole de su precaria situación con origen en los fallos sistémicos.

II. EL MIGRANTE IRREGULAR POBRE ES EL NUEVO ENEMIGO DE LA SOCIEDAD NEOLIBERAL

Para hacer frente a las desigualdades y crisis económicas de origen neoliberal se ha desplegado una narrativa hostil hacia la población extranjera, extendiéndose toda una amalgama de estereotipos y prejuicios que no buscan sino construir un nuevo enemigo al que achacar los delicados impactos sociales. Así, se ha erigido un discurso de otredad en clave económica, social, identitaria y criminal que, a pesar de haber sido rebatido empíricamente, arraiga en lo emocional y consolida los prejuicios existentes. De esta suerte, se achaca a la población migrante la destrucción de la teóricamente homogénea identidad nacional, el arrebato de puestos de trabajo, la disminución de salarios, su mayor beneficio en prestaciones sociales o la mayor comisión delictiva. Un discurso aporóforo y racista focalizado en la figura del migrante irregular pobre fundamentado en criterios de utilidad y necesidad para las necesidades del mercado.

III. EL SISTEMA NEOLIBERAL SE SUSTENTA SOBRE UN RÉGIMEN DE DOMINACIÓN NEOCOLONIAL BASADO EN LA CONCENTRACIÓN DE RECURSOS Y LA CONTENCIÓN DE LA POBLACIÓN

Los mecanismos de intercambio financieros y comerciales desiguales propios del sistema neoliberal y las lógicas neocoloniales han consolidado lo que Hidalgo-Capitán (2011, 2012a, 2012b) denomina apartheid global, un sistema mundial en el que los Estados desarrollados del norte global, como sistemas económicos ciudadela, concentran la mayor

parte de la riqueza, mientras la inmensa mayoría de la población vive recluida en Estados empobrecidos con sistemas económicos gueto, generalmente localizados en el sur global. De este modo, el funcionamiento del sistema se sustenta sobre una base de dominación económica y política por los Estados ciudadela, para la que resulta necesaria la limitación de entrada de ciudadanos provenientes de los sistemas económicos gueto, a la par de controlar sus propias tasas de crecimiento poblacional.

IV. LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES ESTÁN EN AUMENTO Y SON ALTAMENTE DESIGUALES

Los movimientos migratorios internacionales han experimentado un crecimiento exponencial en las últimas décadas, encontrado como destino, la mayoría de ellos, los Estados con sistemas económicos ciudadela. Sin embargo, el origen migratorio es diverso, siendo prácticamente inexistente en los países empobrecidos, en tanto sus poblaciones disponen de menores posibilidades y recursos para iniciar el trayecto migratorio. A su vez, los desplazamientos forzados suelen acontecer en el interior de los Estados y, cuando implican traslados internacionales, tienden a concentrarse en los países limítrofes que, estadísticamente, poseen recursos limitados, lo que dificulta la acogida y la garantía de derechos básicos.

V. EL FACTOR DEMOGRÁFICO, LAS CRISIS MULTINIVEL Y LOS CONFLICTOS AVIVADOS POR OCCIDENTE MOTIVAN PELIGROSOS CRUCES MIGRATORIOS DE ENTRADA EN EUROPA

El mar Mediterráneo y el océano Atlántico se consolidan como las mayores fallas demográficas del planeta, en tanto separan a dos continentes, Europa y África, con una relación inversa en materia de riqueza y población. Mientras en Europa, donde los recursos son abundantes, la población cada vez está más avejentada, África Septentrional y, especialmente, Subsahariana, experimentan un crecimiento demográfico sin precedentes, lo que limita los recursos disponibles y empuja a su población a trasladarse a otros lugares. Más allá de los factores demográficos y económicos, las poblaciones de Oriente Medio se ven obligadas a desplazarse por conflictos (y sus repercusiones sociales y económicas) avivados por los intereses imperialistas de los Estados occidentales, mientras las graves crisis multinivel, incrementadas por los impactos del cambio climático, expulsan a las poblaciones del Sahel, que encuentran en las rutas marítimas

europas la última vía de escape en búsqueda de mejores condiciones vitales. Unas rutas marítimas altamente mortales, en tanto condensan el mayor número de decesos por movimientos migratorios del mundo. Y es que el Mediterráneo se ha convertido en la mayor fosa común del planeta, mientras los cruces a las islas Canarias, en aumento en los últimos años, precisan de una atención especial dada su altísima mortalidad.

VI. EL PACTO MUNDIAL PARA LA MIGRACIÓN DEBE GUIAR LA LEGISLACIÓN Y POLÍTICAS EN MATERIA MIGRATORIA

A pesar del aumento de las migraciones internacionales en las últimas décadas, hasta el año 2018 no existió un instrumento internacional que abordase la migración desde una perspectiva holística. Por el contrario, todos los esfuerzos se enfocaron desde una perspectiva eurocéntrica y utilitarista sobre la migración cualificada y laboral, regulando y protegiendo la movilidad humana de la que sacar partido económico. Así, con la aprobación del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular se situó a la migración sobre la agenda política desde una óptica garantista e integradora, abordando aspectos migratorios en origen, tránsito y destino. De este modo, a pesar de tratarse de un instrumento no vinculante, establece una serie de principios fundamentales, entre los que destacan el enfoque de seguridad humana, la no discriminación y el principio de no regresión con las normas protectoras de los derechos humanos, que lo convierte en un marco de referencia fundamental a la hora de enfocar las legislaciones y políticas públicas en materia migratoria.

VII. EL NUEVO PACTO DE MIGRACIÓN Y ASILO DE LA UE APUNTA UN MODELO COMUNITARIO EXCLUYENTE Y SECURITARIO

De manera similar al ámbito de Naciones Unidas, la Unión Europea presentó el pasado 2023 un nuevo Pacto sobre Migración y Asilo con el fin de dar un paso más en la incipiente integración en asuntos migratorios. Sin embargo, su contenido y desarrollo consolida un modelo de Europa excluyente basado en la securitización de los flujos migratorios a través de un blindaje total de las fronteras exteriores, acudiendo, para ello, a instrumentos civiles, económicos, políticos, diplomáticos, jurídicos y militares. De este modo, el nuevo Pacto fomenta la política de retornos y la desterritorialización de los controles fronterizos hacia terceros Estados, lo que ahonda en la dominación colonial

europea sobre los países africanos y limita los derechos a migrantes y potenciales solicitantes de asilo.

VIII. EL DERECHO DE ASILO EN LA UE SE HA DESVIRTUADO Y CONVERTIDO EN UNA MERCANCÍA

El derecho de asilo, consagrado en instrumentos internacionales, se ha visto desvirtuado por un sistema europeo deficiente que no solo ignora la voluntad de los solicitantes, sino que continúa delegando la responsabilidad a los primeros Estados de acogida, generalmente localizados en las fronteras sur y oriental de la Unión, lo que carga sobremanera los sistemas de protección y de asilo nacionales. Por su parte, los Estados miembros tienden a realizar interpretaciones extensivas del concepto de “país seguro”, lo que, unido a la imposibilidad práctica de solicitar asilo en las embajadas y la falta de garantías de expedición de visados internacionales, conlleva que miles de potenciales solicitantes se vean en una situación de desamparo hasta alcanzar el territorio de los países de destino. Su incumplimiento, a su vez, ha sido suplido por la compra de terceros países, como Turquía, para delegar la responsabilidad y el deber de acogida. Unas deficiencias que se han agravado con la aprobación del nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, a través del cual se cristaliza la mercantilizada visión del asilo emanada de la crisis de 2015 mediante una “solidaridad a la carta” que permite a los Estados eludir su responsabilidad en la acogida a cambio de financiar económicamente los retornos de los migrantes cuyas solicitudes son denegadas. De esta manera, puede hablarse de una solidaridad europea hacia sus propios intereses económicos y de sus Estados miembros más que hacia las personas en movimiento.

IX. LA POLÍTICA DE RETORNOS SE HA AFIANZADO COMO SEÑA DE IDENTIDAD EUROPEA

En desarrollo de la “solidaridad a la carta” emanada del nuevo Pacto, la UE ha puesto sus esfuerzos en garantizar un sistema de retornos eficaz apoyándose en el sistema de huellas biométricas de Eurodac y en un procedimiento de triaje previo que selecciona a los migrantes para facilitar su repatriación a su país de origen o de tránsito siempre que se considere seguro. Aun con todo, son amplias las dudas que surgen en relación con los listados de países seguros, en tanto hasta la aprobación del nuevo Pacto se delegó en los Estados la competencia de calificar su seguridad, lo que ha dado lugar a interpretaciones amplias que facultan retornos hacia países que incumplen el principio de no devolución

y cuyos estándares de derechos humanos no se ajustan a los contemplados por la UE. No en vano, el sistema de expulsiones, denegaciones de entrada y retornos español ha desplegado toda una serie de medidas administrativas y penales que, lejos de valorar la peligrosidad de la persona, justifican su rechazo en la condición administrativa de irregularidad. Y es que, en último término, se han avalado las devoluciones colectivas, sumarias y sin un debido proceso individualizado alegando criterios (la posibilidad de solicitar asilo en países de tránsito o embajadas, así como el paso por puestos habilitados) que, en la práctica, los propios Estados se encargan negar o, cuando menos, de limitar.

X. LOS ESTADOS EUROPEOS COMPRAN EL CONTROL MIGRATORIO DE LOS PAÍSES DE ORIGEN Y TRÁNSITO Y LO SUBORDINAN A SUS INTERESES ECONÓMICOS ESTRATÉGICOS

Además de fomentar los retornos, la estrategia europea se ha orientado hacia la desterritorialización de sus fronteras exteriores a través de la actuación de sus fuerzas de seguridad en territorios soberanos de terceros Estados o aguas internacionales (extraterritorialización) y de acuerdos económicos o promesas de inversiones con los países de origen y tránsito migratorios a cambio de que estos fortalezcan sus controles fronterizos (externalización). No en balde, fueron numerosos los acuerdos de Estados miembros de la UE con países estratégicos en África Septentrional, Subsahariana y Occidental, lo que posteriormente tendría su reflejo en la esfera comunitario en la Cumbre de la Valeta. A través de los acuerdos (que no escapan a la lógica neocolonial y de subordinación a los intereses estratégicos occidentales), los Estados, y la UE en su conjunto, delegan el control migratorio en países donde el respeto por los derechos brilla por su ausencia. Con todo, al cometerse fuera de su soberanía, evitan rendir cuentas de unas violaciones que, en último término, son financiadas por quienes se tratan de erigir como adalides de la ilustración y los derechos humanos.

XI. EL CEMENTO Y LA DETENCIÓN BLINDAN EUROPA Y FACILITAN LOS RETORNOS

La securitización europea ha dimanado en la gestión integrada de sus fronteras a través de un Código de Fronteras que fortaleció el control de las fronteras exteriores (junto a la construcción de cientos de kilómetros de muros físicos) a la par de liberalizar las interiores. Sin embargo, ante el incremento migratorio, los Estados miembros han reestablecido el control de las fronteras internas, desvirtuando, en gran medida, el espacio de libre circulación europeo. Igualmente, y en línea con el proceso de

desterritorialización, la UE ha desarrollado un enfoque de *hotspots* mediante la creación de centros de detención en Italia y Grecia, similares a los implementados por los Estados miembros (donde las condiciones básicas se ven limitadas), en los que los migrantes son retenidos y seleccionados a la espera del examen de sus solicitudes de asilo, facilitando, de este modo, el retorno a los países de origen o tránsito.

XII. LAS OPERACIONES POLICIALES Y MILITARES EN EL MAR SECURITIZAN LA MIGRACIÓN IRREGULAR, EL HUMANITARISMO Y LOS DERECHOS HUMANOS

En los últimos años, la estrategia europea de control fronterizo en el mar se ha centrado en el despliegue de operaciones policiales y militares a través de un refuerzo competencial y operativo de Frontex. Unas operaciones complementadas con las iniciadas por la OTAN, que, lejos de centrar sus tareas en el salvamento humanitario, se desarrollan en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD), detectando la migración irregular y el tráfico de migrantes como amenazas para la seguridad de la UE. Así, la UE ha introducido una narrativa en la que achaca al tráfico de migrantes, estigmatizado y criminalizado por su teórica violencia y codicia, el aumento de las llegadas irregulares a las costas europeas, ignorando los factores estructurales y los impactos de las políticas occidentales que motivan las migraciones al otro lado del Mediterráneo. Además, mediante un cambio discursivo que afirma actuar en nombre del humanitarismo y la protección de los migrantes, se limitan los derechos de las personas en movimiento, securitizando los derechos humanos dentro de la amplia y generalizada securitización de las migraciones.

XIII. EL TRÁFICO DE MIGRANTES ES UN NEGOCIO HETEROGÉNEO, HORIZONTAL Y FLEXIBLE QUE SE MANTIENE GRACIAS A LA CONNIVENCIA DE LOS MIGRANTES

Aunque desde las instancias y agencias internacionales se revele el tráfico de migrantes como un peligroso delito altamente nivel lucrativo en provecho de los migrantes, las evidencias demuestran que se trata de un negocio de los marginados para los marginados, en el que prima la negociación entre traficantes y migrantes por encima de la imposición de tarifas inasumibles. Así mismo, la demanda del tráfico de migrantes se nutre de las crisis humanitarias, adaptándose fácilmente a las necesidades de mercado y al cierre de rutas con motivo del aumento de las restricciones o persecución de los Estados. De esta manera, el mercado del tráfico de migrantes generalmente se compone

de pequeños grupos o individuos independientes, que, a pesar de ser relativamente horizontales, asumen diferentes roles y actúan en segmentos y áreas específicas del trayecto migratorio. A su vez, el buen devenir del tráfico de migrantes se sustenta sobre la base de las sinergias entre migrantes y traficantes, quienes se preocupan por mantener la buena reputación de su negocio y son vistos por sus clientes como la única alternativa viable de traslado internacional. Aun con todo, resulta preciso poner el foco en los episodios de violencia hacia los migrantes, tanto por las autoridades como por los traficantes, los cuales aumentan a medida que se alejan de sus hogares. Una violencia que cobra especial atención con la potencial explotación que puede surgir en caso de no poder asumir el precio pactado (o incrementado) por el traslado, lo que difumina las barreras entre la inicial relación de tráfico y la devenida trata de seres humanos.

XIV. LOS DEBERES DE RESCATE HUMANITARIO Y DE DESEMBARCO EN LUGAR SEGURO SE VEN COMPROMETIDOS POR LAS RESTRICTIVAS INTERPRETACIONES EUROPEAS

El deber de rescate humanitario, consagrado en convenciones internacionales, establece la obligación de los capitanes de buques y particulares de acudir al rescate de cualquier persona en peligro en el mar y trasladarla a un lugar seguro para su desembarco. Además, compromete a los Estados a crear zonas de búsqueda y rescate y mantenerlas para garantizar la seguridad de las personas. Si bien no definen qué se entiende por “lugar seguro”, poniendo el concepto en relación con el de “tercer país seguro”, resulta evidente que no se podrá desembarcar a una persona en el puerto de un territorio donde sus derechos humanos se vean en peligro. Igualmente, los convenios no garantizan un deber estatal de aceptar el desembarco, lo que ha llevado a que determinados países rechacen los desembarcos apelando al compromiso de su seguridad nacional e insten a su traslado al territorio del país que enarbola el buque. En este contexto, se hace indispensable que se consagre a nivel internacional un deber de desembarco en el puerto seguro más cercano para garantizar los derechos de las personas rescatadas.

XV. LAS OPERACIONES DE RESCATE SAR SE VEN PERSEGUIDAS Y CRIMINALIZADAS EN EUROPA

Las operaciones de búsqueda y rescate en el Mediterráneo han sido asumidas paulatinamente por organizaciones de la sociedad civil, lo que supone un acto de dejación estatal que va en contra del deber de mantener unos servicios de salvamento eficaces. En

este panorama, los Estados del sur europeos han ligado la acción de las ONG con la actividad de los traficantes, respondiendo a través de la aplicación de códigos de conducta y severas normas administrativas y penales que, en último término, criminalizan actos de solidaridad. Así, se han iniciado numerosos procedimientos legales contra buques y sus tripulantes (el 65 % de los buques y aeronaves que han operado desde 2017 en el Mediterráneo han sido objeto de acciones legales) que, a pesar de soler terminar en absolución, generan un efecto simbólico que desalienta el salvamento de personas en peligro por el temor un juicio penal o sanción administrativa. Además, la habitual incautación de buques coadyuva a desatender las operaciones de salvamento que, en el escenario señalado, resultan vitales para las personas que cruzan el Mediterráneo y el Atlántico.

XVI. NACIONES UNIDAS INSTA A CASTIGAR EL TRÁFICO DE MIGRANTES COMO NEGOCIO DESDE UNA PERSPECTIVA CRIMINOCÉNTRICA

La labor armonizadora de Naciones Unidas en su lucha contra el tráfico de migrantes data del año 2000, momento en que se aprueba la Convención contra el crimen organizado transnacional y su protocolo específico contra el tráfico ilícito de migrantes, ratificados por un número muy considerable de Estados. Desde entonces, la mayor organización internacional insta a los Estados firmantes del Protocolo a castigar penalmente la facilitación de la entrada irregular en otro Estado parte del cual no sea nacional cuando se cometa con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de otro orden material. Un mandato que, además, se ha visto reflejado en las disposiciones sobre lucha y prevención del tráfico de migrantes del Pacto Mundial para la Migración.

XVII. EL PROTOCOLO DE NACIONES UNIDAS PROTEGE LOS INTERESES ESTATALES Y, DE MANERA COLATERAL, LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES

En base a la definición aportada por el Protocolo, Naciones Unidas concibe el tráfico de migrantes como un negocio ilícito, lo que ha generado un amplio debate en la doctrina sobre el bien jurídico protegido por la norma internacional. Por un lado, parte de los autores argumentan que el texto protege de manera exclusiva los derechos estatales, en tanto concibe a los migrantes como “objetos” del delito, e incluso cómplices de los traficantes, lo que se ve apoyado por el apremio a los retornos, pues lo que en último término perseguiría es la lucha contra la migración irregular. Por otro lado, además de las

posturas eclécticas, otro grueso de la doctrina se postula por la defensa de la dignidad de los migrantes, pues la norma les ampararía por su flaqueza física y económica, en tanto los traficantes se nutren de la comercialización y aprovechamiento de su situación de vulnerabilidad. Aun con todo, no es posible afirmar que el mero hecho de pagar una contraprestación económica (único requisito previsto en su tipo básico) afecte a la dignidad de las personas, en tanto como se ha visto con anterioridad, el tráfico se sustenta sobre la colaboración activa entre migrantes y traficantes. Sea como fuere, lo cierto es que el hecho de que el Protocolo se enmarque en la Convención de la ONU contra el crimen organizado transnacional y que no se trate a los migrantes como víctimas del delito dota al instrumento de una perspectiva criminocéntrica que ampara, de manera colateral y en sus tipos cualificados, los derechos de las personas.

XVIII. LA VIGENTE NORMATIVA DE LA UE PROTEGE, DE MANERA EXCLUSIVA, LOS INTERESES EUROPEOS

A la par de la firma del Protocolo de Naciones Unidas, la UE asumió el compromiso de sancionar la ayuda a la entrada y permanencia irregulares con fines lucrativos. Sin embargo, tras una propuesta elaborada por Francia, en 2002, se aprobaron una Directiva y una Decisión Marco que exhortan a sus Estados miembros a castigar toda ayuda a la entrada irregular cometida en contravención de la legislación administrativa, así como la facilitación de la permanencia irregular perpetrada con ánimo de lucro. De este modo, la legislación europea abre las puertas al castigo de la mera colaboración con la migración irregular, lo que evidencia que el fin último de la norma es proteger el espacio de seguridad, libertad y justicia hipotéticamente en peligro por las entradas irregulares. Así mismo, tan solo faculta a los Estados a eximir de responsabilidad penal las conductas cometidas con fines humanitarios, conductas que, aunque están amparadas por el Derecho internacional, contribuyen a la criminalización y disuasión de las operaciones de salvamento marítimo.

XIX. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA EUROPEA PRESENTA ENORMES CARENCIAS Y CONTRIBUYE A ASENTAR LA ADMINISTRATIVIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Tras una evaluación que asumió los defectos de la normativa vigente pero rechazó su modificación en base a criterios de eficacia procesal y motivada por la presión ejercida por la futura resolución del Tribunal de Justicia de la UE en el caso Kinshasa (que resolverá

si la normativa europea resulta acorde con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE), la UE presentó en 2023 una propuesta de Directiva que sustituirá al actual marco normativo comunitario. Sin embargo, el texto provisional presenta enormes deficiencias. Por una lado, tan solo incluye el ánimo de lucro en su tipo básico como requisito alternativo a la puesta en peligro de la vida de las personas trasladadas, lo que posibilita el castigo de conductas altruistas en las que el traslado se realice en situaciones peligrosas. Teniendo en cuenta lo anterior, hubiese sido necesario contemplar, de manera preceptiva, una causa específica de exclusión para los motivos humanitarios, de la que adolece la propuesta. Además, incorpora una nueva figura delictiva para sancionar la promoción de la ayuda a la entrada, tránsito o permanencia irregular aun cuando se cometa sin ánimo de lucro, lo que crea el peligro de criminalizar las acciones de defensores de derechos humanos que compartan información sobre migración. En último término, cabe destacar que con su aprobación se aumentarán los castigos en 18 Estados de la UE, un incremento punitivo desproporcionado teniendo en cuenta la severidad actual de las sanciones.

XX. LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE AMPLÍAN EL RIGUROSO MARCO PUNITIVO COMUNITARIO PARA LUCHAR CONTRA CUALQUIER COLABORACIÓN CON LA MIGRACIÓN IRREGULAR

Los Estados miembros de la UE, en base al contenido mínimo establecido por la Directiva y Decisión Marco de 2002, han seguido, en mayoría, un “enfoque de complicidad”, castigando todo tipo de ayuda a la entrada irregular sin seguir los cauces legales. A su vez, muy pocos países exigen un elemento subjetivo de intencionalidad, e incluso llegan a ampliar sus tipos agravados con ánimo de lucro a los beneficios indirectos de terceras personas. Del mismo modo, casi la mitad de los Estados castigan penalmente la ayuda a la permanencia sin ánimo de lucro, yendo más allá de lo previsto en la normativa europea. A todo lo anterior cabe sumarle que tan solo nueve países han incluido en sus normativas la causa de exclusión por motivos humanitarios, que las penas previstas son relativamente altas y que los tipos agravados se solapan con otras figuras delictivas, como las lesiones, el homicidio, la explotación o la trata de seres humanos. En este contexto legislativo, no cabe la menor duda de que los Estados miembros han recurrido al Derecho penal como política migratoria preventiva en aras a luchar contra todo tipo de facilitación de la migración irregular.

XXI. EL DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS NI PROTEJE A LOS EXTRANJEROS NI DEBERÍA SER DELITO

Tras 15 años de idas y venidas, en el que el delito de tráfico de migrantes se confundió interesadamente con la trata de seres humanos, lo que conllevó penas completamente desproporcionadas, en 2015, la normativa española se acomodó a los mandatos europeos y calcó la tipificación prevista en la Directiva comunitaria. Aun así, la vigente regulación española exige menores requisitos que la sanción prevista en su Ley de Extranjería, que demanda un ánimo de lucro previsto exclusivamente como agravante en el Código Penal. Esto supone una vulneración de los principios de intervención mínima, ultima ratio, proporcionalidad y subsidiariedad del Derecho penal. De manera idéntica a la legislación comunitaria, el delito español, a pesar de rubricarse bajo el Título de “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, según especificó el Preámbulo de la LO5/2010 y como mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo, protege los intereses españoles en el control de los flujos migratorios, delegando la protección de los derechos de los extranjeros a las acciones agravadas que pongan en peligro la vida de los migrantes. Así, el sujeto pasivo del delito es el Estado (y la UE), mientras el migrante asume la posición de objeto material. En último término, excluye de responsabilidad penal, de manera exclusiva, las conductas humanitarias, lo que no evita la apertura de juicio penal en la que el acusado debe probar la existencia de la finalidad solidaria.

XXII. EL DELITO DE AYUDA A LA MIGRACIÓN IRREGULAR SE CONFIGURA COMO UN DELITO ACUMULATIVO CARENTE DE LEGITIMIDAD DE INTERVENCIÓN PUNITIVA

El delito de ayuda a la migración irregular español se configura como un delito acumulativo en el que la conducta de ayuda a la entrada o permanencia irregular no posee lesividad alguna, si bien el cúmulo de entradas irregulares podría poner en lesión el bien jurídico colectivo protegido. Aun con todo, ni siquiera queda del todo justificado que la situación irregular implique una puesta en peligro del estado de bienestar, lo que deslegitima la intervención penal en defensa de la protección de intereses que deberían regularse a través del Derecho administrativo.

XXII. EL DELITO DE TRÁFICO DE MIGRANTES DEBE TUTELAR LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES DESDE UNA PERSPECTIVA VICTIMOCÉNTRICA

Sobre la base de la carencia de las legislaciones nacionales y comunitaria, resulta preciso delimitar el marco jurídico penal de modo que se persigan aquellas conductas que atenten contra los derechos de las personas migrantes. Entendiendo que todo cambio normativo en materia de tráfico de migrantes deberá ir ligado a la armonización europea, se proponen una serie de modificaciones al legislador europeo para adecuar la “propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas para prevenir y combatir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares en la Unión”. Así, además de otras modificaciones, la propuesta se asienta sobre tres grandes pilares: en primer lugar, concebir el tráfico de migrantes como negocio, por lo que se precisa que el ánimo de lucro sea incorporado como requisito preceptivo de la conducta nuclear; en segundo lugar, incorporar un requisito de abuso de la situación de vulnerabilidad o necesidad de la víctima de tráfico; y, en tercer término, rebajar las sanciones previstas para ajustarlas al principio de proporcionalidad. De este manera, a través de la modificación propuesta, se evitará el reproche penal de las conductas solidarias así como el uso del Derecho penal como política migratoria para tutelar la dignidad de los ciudadanos extranjeros.

XXIII. LA MEJOR MANERA DE LUCHAR CONTRA EL TRÁFICO DE MIGRANTES ES ATENDIENDO A LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES

En último término, resulta preciso abordar las migraciones desde postura garantista con los derechos humanos. Ello pasa por comprender que son las propias políticas restrictivas migratorias las que empujan a las personas a la irregularidad y, en último término, nutren al tráfico de migrantes y contribuyen a la pérdida de vidas humanas. Por ello, se hace necesario un cambio en el paradigma de estudio del fenómeno, actualmente centrado en el lado de la oferta (traficantes), debiendo estudiarse las características de la demanda (migrantes), con objeto de fomentar canales regulares de migración, el acceso a protección internacional y visados humanitarios desde los países de origen, la cooperación al desarrollo desligada de la contención migratoria y, sobre todo, una transformación del sistema económico que permita el desarrollo social de los países del sur, pues, en caso contrario, continuarán las crecientes migraciones en busca de auxilio y de mejores oportunidades.

CONCLUSIONS

I. THE NEOLIBERAL ECONOMIC SYSTEM CAUSES DEEP INEQUALITIES

The current neoliberal economic system has effectively subordinated the role of the State to the logic of the market, privatizing and commodifying all kinds of goods and services. Concurrently, the inherent characteristics of the system have triggered deep economic crisis, which has been attempted to be mitigated through public debt and austerity measures, exacerbating the profound inequalities originating from the free market. Furthermore, neoliberalism has permeated social relations, placing the responsibility for personal progress on the "entrepreneurial" individual, blaming them for their precarious situation, which originates in systemic failures.

II. THE POOR IRREGULAR MIGRANT IS THE NEW ENEMY OF NEOLIBERAL SOCIETY

In response to the inequalities and economic crisis stemming from neoliberalism, a hostile narrative has been deployed against foreign populations. This narrative has disseminated a range of stereotypes and prejudices, with the objective of establishing a new scapegoat for the complex social consequences. Thus, an economic, social, identity-based, and criminal discourse of otherness has been constructed, which, despite empirical rebuttals, takes root emotionally and serves to reinforce existing prejudices. In this manner, migrant populations are held culpable for the dissolution of the theoretically homogeneous national identity, the loss of employment opportunities, the reduction of wages, their superior access to social provisions, and their elevated rates of criminal involvement. This is an aporophobic and racist discourse focused on the figure of the poor irregular migrant, grounded in criteria of utility and necessity, in response to the perceived urgent demands of the market.

III. THE NEOLIBERAL SYSTEM IS SUSTAINED BY A NEOCOLONIAL REGIME OF DOMINATION BASED ON THE CONCENTRATION OF RESOURCES AND POPULATION CONTAINMENT

The unequal financial and trade mechanisms inherent to the neoliberal system and its neocolonial logic have consolidated what Hidalgo-Capitán (2011, 2012a, 2012b) refers to as global apartheid. This is a global system in which the developed states of the Global North, functioning as citadel economies, concentrate the majority of wealth, while the

vast majority of the population remains confined in impoverished states with ghetto-like economies, generally located in the Global South. Therefore, the system's functionality hinges on the economic and political subjugation of the citadel states. This necessitates the restriction of individuals from ghetto economies while regulating the growth rates of their own populations.

IV. INTERNATIONAL MIGRATIONS ARE INCREASING AND HIGHLY UNEQUAL

In recent decades, international migration movements have experienced exponential growth, with most migrants relocating to states with citadel economies. However, the origins of migration are diverse, with virtually no migration occurring in impoverished countries, where populations have fewer opportunities and resources to embark on migration journeys. At the same time, forced displacement frequently occurs within states. When such displacement involves international transfers, it tends to concentrate in neighboring countries that statistically possess limited resources, making it challenging to accommodate migrants and guarantee basic rights.

V. DEMOGRAPHIC FACTORS, MULTILEVEL CRISES, AND CONFLICTS FUELED BY THE WEST DRIVE DANGEROUS MIGRATORY CROSSINGS INTO EUROPE

The Mediterranean Sea and the Atlantic Ocean have become the most significant demographic fault lines on the planet, separating two continents, Europe and Africa, with an inverse relationship between wealth and population. While Europe, which is endowed with abundant resources, is facing an ageing population, North Africa and especially Sub-Saharan Africa are experiencing unprecedented demographic growth, which limits available resources and pushes populations to migrate. In addition to demographic and economic factors, populations in the Middle East are compelled to migrate as a result of conflicts (and their social and economic ramifications) driven by the imperialist ambitions of Western states. Meanwhile, severe multilevel crises, exacerbated by the effects of climate change, force populations from the Sahel to seek refuge in European maritime routes, driven by the pursuit of improved living conditions. These maritime routes are highly lethal, accounting for the highest number of fatalities in migration movements globally. The Mediterranean has thus become the largest mass grave on the planet, while crossings to the Canary Islands, which have increased in recent years, require special attention due to their exceptionally high mortality rates.

VI. THE GLOBAL COMPACT FOR MIGRATION SHOULD GUIDE LEGISLATION AND MIGRATION POLICIES

Despite the growth in international migration over recent decades, it was not until 2018 that an international instrument addressing migration from a holistic perspective was established. Prior to this, all efforts were focused on a Eurocentric and utilitarian view of qualified and labor migration, with the aim of regulating and protecting human mobility for economic gain. The adoption of the Global Compact for Safe, Orderly, and Regular Migration has positioned migration on the political agenda from a more protective and inclusive standpoint, addressing migration issues at the origin, transit, and destination stages. Despite its non-binding status, the Compact sets out a number of key principles, including the human security approach, non-discrimination, and the principle of non-regression from human rights protective standards. As a result, it has become a fundamental reference framework for the shaping of migration laws and public policies.

VII. THE EU'S NEW MIGRATION AND ASYLUM PACT REINFORCES AN EXCLUSIONARY AND SECURITY-ORIENTED COMMUNITY MODEL

In a manner analogous to the United Nations framework, the European Union introduced a new Pact on Migration and Asylum in 2023. This initiative was designed with the objective of facilitating the integration of migration-related matters. However, the content and development of the pact serve to consolidate an exclusionary model of Europe based on the securitization of migration flows through the complete fortification of its external borders, utilizing a range of instruments, including civilian, economic, political, diplomatic, legal, and military measures. In this way, the new Pact promotes return policies and the externalization of border controls to third countries, which deepens European colonial domination over African nations and limits the rights of migrants and potential asylum seekers.

VIII. THE RIGHT TO ASYLUM IN THE EU HAS BEEN DISTORTED AND TURNED INTO A COMMODITY

The right to asylum, enshrined in international instruments, has been distorted by an inadequate European system that not only ignores the will of applicants but continues to delegate responsibility to the first countries of arrival, typically located on the southern and eastern borders of the Union. This results in an overburdening of national protection

and asylum systems. Member states tend to adopt broad interpretations of the concept of "safe countries". When combined with the practical impossibility of applying for asylum at embassies and the lack of guarantees for the issuance of international visas, this results in thousands of potential applicants being left stranded until they reach the territory of their destination countries. Furthermore, this failure has been compensated by delegating the responsibility to third countries, such as Turkey, to assume the role of receiving migrants. Those shortcomings have been exacerbated with the approval of the new Migration and Asylum Pact, which solidifies the commodified perception of asylum that emerged from the 2015 crisis. This is achieved through a "solidarity on demand" approach that allows states to evade their responsibilities in reception by providing financial assistance for the repatriation of migrants whose applications are rejected. Thus, the concept of European solidarity is becoming increasingly aligned with economic and state interests rather than with the rights of people on the move.

IX. THE RETURN POLICY HAS BECOME A DEFINING FEATURE OF EUROPEAN IDENTITY

In accordance with the "solidarity on demand" arising from the new Pact, the EU has focused its efforts on establishing an effective return system. This system relies on the Eurodac biometric fingerprint system and a preliminary triage procedure that identifies migrants for repatriation to their country of origin or transit, provided that the country in question is deemed "safe." However, there are significant concerns regarding the list of "safe countries," as until the new Pact's approval, states had the competence to designate their security, leading to broad interpretations that permit returns to countries that violate the non-refoulement principle and whose human rights standards do not align with EU norms. Indeed, Spain's system for the expulsion, denial of entry and return system has introduced a range of administrative and penal measures that, rather than evaluating the individual risk, justify rejection based on the basis of the administrative condition of irregularity. Ultimately, the justification for collective and summary returns, without individualized due process, have been justified based on criteria (such as the possibility of requesting asylum in transit countries or embassies, or the passage through authorized entry points) that, in practice, the states themselves deny or severely restrict.

X. EUROPEAN STATES BUY MIGRATORY CONTROL FROM COUNTRIES OF ORIGIN AND TRANSIT, SUBORDINATING IT TO THEIR STRATEGIC ECONOMIC INTERESTS

In addition to promoting returns, the European strategy has focused on the externalization of its borders through the deployment of its security forces on the sovereign territories of third countries or in international waters (extraterritorialization) and economic agreements or investment promises with countries of origin and transit in exchange for strengthening border controls (externalization). Subsequently, a multitude of agreements have been established between EU member states and strategic countries in North Africa, Sub-Saharan Africa, and West Africa. These have subsequently been reflected in the community sphere through initiatives such as the Valletta Summit and the recent Samoa Agreement. Through these agreements, which align with a neocolonial logic subordinated to Western strategic interests, states and the EU as a whole delegate migratory control to countries where respect for human rights is notably lacking. Conducting operations outside the boundaries of their respective states allows them to avoid accountability for violations, which, in the end, are financed by those who claim to be champions of enlightenment and human rights.

XI. CEMENT AND DETENTION BOLSTER EUROPE AND FACILITATE RETURNS

The European Union has implemented a Border Code, which has resulted in the integrated management of its external frontiers. This has involved the strengthening of border control measures and the construction of physical walls along hundreds of kilometers of border. Concurrently, the EU has liberalized the internal borders. However, with the increase in migration, member states have reintroduced internal border controls, significantly undermining the European free movement space. In accordance with the externalization process, the EU has developed the "hotspot" approach which involves the establishment of detention centers in Italy and Greece. These centers are comparable to those implemented by member states, where conditions are minimal, and where migrants are detained and selected while awaiting the examination of their asylum claims, thereby facilitating their return to countries of origin or transit.

XII. POLICE AND MILITARY OPERATIONS AT SEA SECURITIZE IRREGULAR MIGRATION, HUMANITARIANISM, AND HUMAN RIGHTS

In recent years, the EU's border control strategy at sea has focused on deploying police and military operations, with an enhanced operational role for Frontex. These operations, which are supported by initiatives initiated by NATO, are not primarily focused on humanitarian rescue operations. Instead, they are conducted in accordance with the Common Security and Defence Policy (CSDP), which characterizes irregular migration and migrant smuggling as security threats to the EU. In this way, the EU has introduced a narrative that attributes the increase in irregular arrivals at European shores to migrant smuggling, which is stigmatized and criminalized for its supposed violence and greed. However, this narrative ignores the structural factors and impacts of Western policies that drive migration across the Mediterranean. Moreover, through a discursive shift that claims to act in the name of humanitarianism and the protection of migrants, the rights of people on the move are constrained, with human rights being securitized within the broader, generalized securitization of migration.

XIII. MIGRANT SMUGGLING IS A HETEROGENEOUS, HORIZONTAL, AND FLEXIBLE BUSINESS THAT SUSTAINS ITSELF THROUGH THE COLLUSION OF MIGRANTS

Despite the portrayal of migrant smuggling as a dangerous and highly profitable crime that exploits migrants by international bodies and agencies, evidence indicates that it is a business of the marginalized for the marginalized, with negotiations between smugglers and migrants taking precedence over the imposition of unaffordable fees. Furthermore, the demand for migrant smuggling is driven by humanitarian crises, easily adapting to market needs and the closure of routes due to increased restrictions or state persecution. Therefore, the migrant smuggling market is generally made up of small groups or independent individuals who, despite operating in a relatively horizontal manner, assume different roles and operate in specific segments and areas of the migratory journey. Moreover, the success of migrant smuggling relies on the synergies between migrants and smugglers, who are concerned with maintaining the good reputation of their business and are seen by their clients as the only viable option for international relocation. However, it is essential to direct attention to the episodes of violence faced by migrants, both at the hands of authorities and smugglers, which tend to increase frequency as they move further from their homes. This violence is particularly concerning when potential

exploitation arises from an inability to pay the agreed-upon (or increased) price for transportation, blurring the lines between the initial smuggling relationship and eventual human trafficking.

XIV. THE HUMANITARIAN RESCUE DUTY AND SAFE DISEMBARKATION ARE COMPROMISED BY RESTRICTIVE EUROPEAN INTERPRETATIONS

The humanitarian rescue duty, enshrined in international conventions, establishes an obligation for ship captains and individuals to provide assistance to those in danger at sea and to facilitate their safe disembarkation. Furthermore, states are obliged to establish and maintain search and rescue zones to ensure the safety of individuals. Although the concept of a "safe place" is not explicitly defined, it is linked to the notion of a "third safe country." It is evident, however, that individuals cannot be disembarked in a territory where their human rights may be at risk. Additionally, the conventions do not guarantee a state's duty to accept disembarkation. Consequently, some countries have rejected disembarkation, citing national security concerns, and instead advocating for the transfer of migrants to the country under whose flag the ship is registered. In this context, it is crucial to establish at the international level an obligation to disembark at the nearest safe port in order to protect the rights of rescued individuals.

XV. SEARCH AND RESCUE (SAR) OPERATIONS ARE PERSECUTED AND CRIMINALIZED IN EUROPE

The assumption of search and rescue operations in the Mediterranean by civil society organizations represents a state abdication of responsibility that contravenes the obligation to maintain effective rescue services. In this context, southern European states have associated the actions of NGOs with those of human smugglers, responding through the implementation of codes of conduct and severe administrative and criminal regulations, which ultimately criminalize acts of solidarity. As a result, numerous legal proceedings have been initiated against these ships and their crews (65% of the ships and aircraft that have operated in the Mediterranean since 2017 have been subject to legal action). While the majority of these cases have resulted in acquittal, the mere prospect of criminal prosecution or administrative sanctions has a deterrent effect on the rescue of individuals in danger. Furthermore, the habitual seizure of ships exacerbates the neglect

of rescue operations, which are critical for individuals crossing the Mediterranean and the Atlantic.

XVI. THE UNITED NATIONS URGES THE PUNISHMENT OF MIGRANT SMUGGLING AS A BUSINESS FROM A CRIME-CENTRIC PERSPECTIVE

The United Nations' efforts to harmonize the global response to the problem of migrant smuggling date back to 2000, when the Convention against Transnational Organized Crime and its specific protocol against the illegal smuggling of migrants were adopted. A significant number of states ratified these instruments. Since then, the UN has called upon signatory states to criminalize the facilitation of irregular entry into another state when done with the intention of obtaining an economic or material benefit, directly or indirectly. Moreover, this mandate has also been reflected in provisions on the fight against and prevention of migrant smuggling in the Global Compact for Migration.

XVII. THE UN PROTOCOL PROTECTS STATE INTERESTS AND, COLLATERALLY, MIGRANTS' RIGHTS

In accordance with the definition provided by the Protocol, the United Nations considers migrant smuggling as an illicit business, giving rise to a comprehensive discourse within the legal academic community regarding the legal interests protected by international law. On one hand, some scholars argue that the text exclusively protects state interests, characterizing migrants as "objects" of the crime, and even as accomplices to smugglers, which is supported by the emphasis on return policies. This could be seen as an effort to combat irregular migration. On the other hand, a significant portion of the doctrine advocates for the protection of migrants' dignity, as the Protocol could be understood to offer protection to them due to their physical and economic vulnerability, which smugglers exploit for profit. Nevertheless, it is not entirely clear that payment of a financial fee (the sole requirement under the basic type of the crime) directly infringes on the dignity of the person, as, as previously noted, smuggling relies on active cooperation between migrants and smugglers. However, the fact that the Protocol is embedded within the UN Convention against Transnational Organized Crime, and does not treat migrants as victims of the crime, gives the instrument a crime-centric perspective that only protects individuals' rights in its aggravated forms collaterally.

XVIII. THE CURRENT EU LEGISLATION EXCLUSIVELY PROTECTS EUROPEAN INTERESTS

Alongside the adoption of the UN Protocol, the EU committed to impose penalties on those who assist individuals in entering and remaining in the EU irregularly for profit. However, following a proposal from France, in 2002 the EU adopted a Directive and Framework Decision urging its member states to punish any assistance for irregular entry that contravenes administrative legislation, as well as the facilitation of irregular stay committed with a profit motive. In this way, European legislation opens the door to punishing mere collaboration with irregular migration, revealing that the ultimate aim of the norm is to protect the space of security, freedom, and justice that is hypothetically threatened by irregular entries. Similarly, the legislation only allows states to exempt from criminal liability acts committed for humanitarian purposes, which, although protected by international law, contribute to the criminalization and deterrence of maritime rescue operations.

XIX. THE EUROPEAN DIRECTIVE PROPOSAL HAS SIGNIFICANT SHORTCOMINGS AND CONTRIBUTES TO THE ADMINISTRATIVE EXPANSION OF CRIMINAL LAW

Following an evaluation that acknowledged the shortcomings of the current legislation but rejected its modification on procedural efficiency grounds, and under pressure from the forthcoming decision of the European Court of Justice in the *Kinshasa* case (which will determine whether European legislation aligns with the EU Charter of Fundamental Rights), the EU presented a proposal for a new Directive in 2023, with the intention of replacing the current EU legal framework. However, the provisional text is found to have significant deficiencies. On the one hand, it only includes profit motive as an alternative requirement to endangerment in its basic provision, which could lead to the punishment of altruistic acts where transport occurs under dangerous conditions. In light of the aforementioned considerations, it would have been necessary to include, as a mandatory provision, an exclusion for humanitarian reasons, which the proposal lacks. Furthermore, the proposal introduces a new criminal offense with the purpose of punishing the promotion of assistance with irregular entry, transit, or stay, even when committed without profit motive. This introduces the risk of criminalizing actions by human rights defenders who share information about migration. Lastly, the approval of this proposal

would result in an increase in punitive measures in 18 EU member states, leading to an excessive punitive escalation considering the current severity of sanctions.

XX. EU MEMBER STATES EXPAND THE RIGID EU PUNITIVE FRAMEWORK TO FIGHT ANY COLLABORATION WITH IRREGULAR MIGRATION

In accordance with the minimum requirements set forth in the 2002 Directive and Framework Decision, EU member states have predominantly followed a “complicity approach,” punishing all forms of assistance for irregular entry without following legal procedures. A minority of countries require a subjective element of intent, while a few have expanded the scope of aggravated penalties for profit to include indirect benefits to third parties. Additionally, nearly half of the member states punish criminally assistance with irregular stay even without a profit motive, going beyond the provisions of EU law. Furthermore, only nine countries have included an exception for humanitarian reasons in their regulations, and the penalties foreseen are relatively severe, with aggravated forms overlapping with other criminal offenses, such as injury, homicide, exploitation, or human trafficking. In this legislative context, it is evident that member states have turned to criminal law as a preventive migration policy to combat all forms of facilitation of irregular migration.

XXI. THE CRIME AGAINST THE RIGHTS OF FOREIGN NATIONALS NEITHER PROTECTS FOREIGN NATIONALS NOR SHOULD IT BE A CRIME

Following 15 YEARS of ongoing debate, during which the crime of migrant smuggling was deliberately conflated with human trafficking, resulting in disproportionate penalties, Spain's legislation was aligned with European mandates in 2015, adopting a typification consistent with the EU Directive. However, the current Spanish regulation requires fewer conditions than those set out in the Foreigners' Law, which specifically mandates profit motive as an aggravating factor in the Penal Code. This violates the principles of minimum intervention, ultima ratio, proportionality, and subsidiarity of criminal law. Similarly, the Spanish crime, despite being classified under the title "Crimes against the Rights of Foreign Nationals," as specified in the Preamble of Organic Law 5/2010 and upheld by the Supreme Court, serves to protect Spanish interests in controlling migratory flows. This is achieved by delegating the protection of foreign nationals' rights to aggravated actions that endanger the lives of migrants. Thus, the state (and the EU)

assumes the role of passive subject in the commission of crime, while the migrant remains the material object. In conclusion, criminal liability is definitively excluded for humanitarian actions, although criminal proceedings may still be initiated, requiring the defendant to prove the existence of a solidary purpose.

XXII. THE CRIME OF ASSISTING IRREGULAR MIGRATION IS FORMULATED AS AN ACCUMULATIVE CRIME LACKING LEGITIMATE CRIMINAL INTERVENTION

The Spanish crime of assisting irregular migration is formulated as an accumulative crime, whereby the act of assisting irregular entry or stay does not, in itself, cause harm to any legal interest. However, the accumulation of irregular entries could potentially harm the collective protected interest. Nevertheless, it is not fully justified that the irregular status itself threatens the welfare state. This assertion calls into question the legitimacy of criminal intervention to protect interests that should be regulated through administrative law.

XXII. THE CRIME OF HUMAN SMUGGLING SHOULD PROTECT THE RIGHTS OF MIGRANTS FROM A VICTIM-CENTERED PERSPECTIVE

Based on the shortcomings of national and EU legislation, it is essential to define the criminal legal framework in such a way that it targets behaviors that violate the rights of migrant individuals. Understanding that any legislative change concerning human smuggling should be linked to European harmonization, a series of modifications are proposed to the European legislator to adapt the "Proposal for a Directive laying down minimum rules to prevent and counter the facilitation of unauthorised entry, transit and stay in the Union" Thus, in addition to other changes, the proposal is based on three main pillars: first, treating human smuggling as a business, which means that the intent for profit must be incorporated as a mandatory element of the core offense; second, introducing a requirement to consider the abuse of the victim's vulnerability or need in smuggling cases; and third, reducing the sanctions outlined in order to align them with the principle of proportionality. Through the proposed changes, the aim is to prevent the penalization of humanitarian actions as well as the use of criminal law as a migration policy tool, thereby safeguarding the dignity of foreign citizens.

XXIII. THE MOST EFFECTIVE WAY TO FIGHT HUMAN SMUGGLING IS BY ADDRESSING THE RIGHTS OF MIGRANTS

Ultimately, it is necessary to approach migration from a human rights-based perspective. This involves recognizing that restrictive migration policies themselves are the driving force behind irregular migration, which, in turn, feeds human trafficking and contributes to the loss of human lives. Therefore, a paradigm shift is needed in the study of this phenomenon, which is currently focused on the supply side (traffickers), but should also include an analysis of the demand side (migrants). This shift would aim to promote regular migration channels, access to international protection, and humanitarian visas from countries of origin, as well as development cooperation that is not tied to migration containment. Above all, a transformation of the economic system is needed to foster social development in countries of the Global South. Otherwise, migration flows will continue to increase as people seek refuge and better opportunities.