

CJN

# Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

ISSN 2240-7618

3/2018

#### EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

#### EDITORIAL BOARD

*Italy:* Gian Luigi Gatta, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli  
*Spain:* Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

*Chile:* Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

#### EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

#### EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", via Altaguardia 1, Milano - c.f. 97792250157  
ANNO 2018 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.  
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi



# Los migrantes irregulares en el Mediterráneo: El caso italiano y sus contradicciones\*

*I migranti irregolari nel Mediterraneo:  
il caso italiano e le sue contraddizioni*

*Illegal migrants in the Mediterranean sea:  
the Italian case and its contradictions*

VINCENZO MILITELLO

*Professore ordinario di diritto penale. Università degli Studi di Palermo  
vincenzo.militello@unipa.it.*

TRAFFICO DI MIGRANTI

TRÁFICO DE MIGRANTES

SMUGGLING OF MIGRANTS

## ABSTRACTS

Benché il discorso pubblico continui a richiamare una emergenza immigrazione, lo studio muove dai dati della consistenza reale del fenomeno, fortemente decrescenti nell'ultimo anno e mezzo. Si avverte poi l'esigenza di rivisitare la rilevanza penalistica del migrante irregolare, per superare la sua considerazione come mero oggetto del relativo trafficking, e si propone di mantenere invece un aggancio alla sua condizione di persona, che svolge il ruolo di soggetto necessario del favoreggiamento all'immigrazione clandestina, ancorché diverso dall'autore del relativo fatto di reato. Ciò consente di inquadrare meglio anche i relativi diritti nella delicata fase dell'accoglienza, e di passare poi all'esame del controllo amministrativo e penale in materia. Si esaminano in conclusione i fatti di soccorso in mare dei migranti irregolari e si segnalano alcune contraddizioni dei più recenti sviluppi della politica criminale in materia

A pesar de que el discurso público persista en hacer referencia a una emergencia en materia de inmigración, el análisis de las dimensiones reales del fenómeno habla de una tendencia marcadamente decreciente en el último año y medio. Se advierte la exigencia de revisar la relevancia penal del migrante irregular, con el fin de superar su consideración como mero objeto de trafficking, proponiéndose, en cambio, hacer énfasis en su condición de persona, la cual desempeña un rol de sujeto necesario en el favorecimiento de la inmigración clandestina, si bien diverso al autor del relativo delito. Lo anterior permite encuadrar de mejor manera sus relativos derechos, para así estudiar posteriormente el control administrativo y penal de la inmigración. Finalmente, se examinan los casos de auxilio de migrantes irregulares en el mar, y se señalan algunas contradicciones de los recientes desarrollos de la política criminal sobre esta materia

Although in the public debate immigration is considered as an emergency, this paper begins taking into account the real data of such a phenomenon, strongly decreased in the past 18 months. It is then examined the issue of the illegal immigrant from a criminal law standpoint, in order to overcome the idea of reducing it to trafficking, focusing rather on the human nature of each individual, always involved in the crime of aiding and abetting illegal immigration, not being the perpetrator of the said offence. In light of the above the rights in the crucial phase of immigrants' reception can be better assessed, focusing then on administrative and criminal policies. In conclusion the paper examines the rescue at sea of illegal immigrants, pointing out some contradictions of the most recent criminal policy on the issue

\*Traducción en español por *Celia Díaz Morgado* (Universidad de Barcelona). Se trata del texto revisado de la conferencia en alemán realizada en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Freiburg i. Br.* (Alemania) el día 28.6.2018. Una versión más corta está destinada al Libro Homenaje a A.J. Barreiro en prensa. Para el texto completo en italiano cfr. MILITELLO (2018), pp. 31 ss. Por la revisión de la versión en español, agradezco mucho a *Patricia Faraldo Cabana* (Universidade de La Coruña).

# 1. Introducción

El nuevo Gobierno italiano, investido el 1 de junio de 2018, se ha caracterizado inmediatamente por un cambio programado en el tratamiento de la inmigración irregular: ya el Programa de Gobierno, pero incluso más directamente desde la primera intervención pública del Ministro del Interior, fija como nuevas directrices del Gobierno en materia de migración el aumento de las devoluciones y de las expulsiones, la creación de centros de internamiento de extranjeros pre-expulsión, con una naturaleza claramente privativa de libertad, y el retorno de los aproximadamente 500 mil inmigrantes en situación irregular que se estima que se encuentran en Italia<sup>1</sup>.

Al igual que el resto de los países occidentales que se enfrentan al tema migratorio, Italia ha tenido que abordar desde hace tiempo la multiplicidad de problemas conectados con las migraciones. Se trata notoriamente de un fenómeno que, a pesar de las particularidades que manifiesta en cada contexto geográfico en el que se manifiesta, refleja que el aumento de la movilidad de las personas es un elemento característico de la globalización. Ante este elemento común la respuesta de los diferentes sistemas jurídicos nacionales, a pesar de las particularidades de cada uno, muestra una línea común de intervención en la materia. En ella, el derecho penal asume un relevante papel como instrumento para garantizar las necesidades de seguridad relacionadas con el control interno del territorio, y por tanto más en general como consecuencia del derecho reconocido internacionalmente a limitar el acceso de los extranjeros protegiendo las fronteras externas<sup>2</sup>. Por otro lado, el reconocimiento de derechos como el de asilo implica la obligación, también tutelada a nivel supranacional, de realizar una evaluación individualizada de las circunstancias personales de los extranjeros que llegan al territorio nacional, y que por tanto deben ser recibidos y tratados de manera compatible con el derecho fundamental a la dignidad de todas las personas.

La manera en que Italia ha dado respuesta a estas dos fuerzas tendencialmente contrapuestas hace que el estudio del caso italiano sea especialmente interesante desde diferentes perspectivas. La ubicación en el Mediterráneo como un puente entre el norte de África y los países de Europa central, la historia de la tierra italiana como lugar en el que se han sucedido diferentes pueblos, el hecho de ser uno de los miembros fundadores de la Unión Europea y, por tanto, está sujeto no solo a la red de vínculos, sino también a las expectativas que derivan de este papel en lo que respecta a la puesta en común de un problema que supera la dimensión de cada uno de los Estados miembros. Desde una perspectiva estrictamente penal, el *tráfico de migrantes* plantea en Italia múltiples cuestiones: entre las más relevantes, aquellas que se refieren al tipo de intervención en la materia (objeto de la protección penal), a la dificultad de distinguir al migrante irregular de la víctima de trata de seres humanos o a las características del tráfico ilícito de naturaleza transnacional, dirigido por organizaciones complejas. Pero también hay cuestiones sobre la responsabilidad penal a título de autoría o participación de los tripulantes de los barcos que rescatan a los migrantes en el mar; y las que se centran en las posibles formas de corrupción en la gestión de la inmigración en Italia como consecuencia de la intervención en esta área de organizaciones criminales.

En esta contribución se fijará la atención en la problemática estrictamente penal, pero sin aislarse de un contexto más amplio, señalando los tres principales ámbitos en los que Italia desarrolla su intervención en el fenómeno migratorio: la recepción y acogida de los inmigrantes, la protección internacional y el control administrativo y penal. Sin embargo, para poder situar el fenómeno en el contexto de referencia debe comenzarse con una breve descripción de los flujos y rutas de los migrantes que afectan a Italia. Solo de esta forma se podrán evaluar las posibles repercusiones político-criminales del cambio anunciado por el nuevo Gobierno en la política migratoria y, en términos más generales, señalar cuál puede ser la próxima evolución del problema en Italia.

<sup>1</sup> Son las primeras declaraciones del nuevo Ministro de Interior Salvini, con ocasión de la visita al *hotspot* (Centro de primera recepción) de Pozzallo el 3.6.2018 ([https://www.agi.it/politica/salvini\\_di\\_maio\\_sicilia\\_pozzallo-3987796/news/2018-06-03/](https://www.agi.it/politica/salvini_di_maio_sicilia_pozzallo-3987796/news/2018-06-03/) cons. 10.6.2018). Durante la publicación de este trabajo, el Gobierno italiano ha adoptado el Decreto Ley 4.10.2018, convertido con cambios en la ley 1.12.2018 n.132. Solo cabe observar aquí que esta legislación en varios puntos confirma y agrava las contradicciones observadas en el presente texto.

<sup>2</sup> Vid. por ej. KLUTH (2011), p. 331.

## 2. El contexto del fenómeno

En primer lugar, debe señalarse que en Italia la tendencia de los flujos migratorios ha sido ascendente de forma constante desde 2014 hasta mediados de 2017, cuando un cambio en la política italiana, en particular en los Acuerdos con Libia<sup>3</sup>, provocó una significativa contención de las llegadas de inmigrantes a Italia<sup>4</sup>. En particular, durante el período del 1 de junio de 2017 al 1 de junio de 2018 se ha registrado una disminución de hasta el 78% en el número de inmigrantes que han desembarcado en la costa italiana. Una disminución similar se produce en relación con la llegada de menores extranjeros no acompañados, que plantean problemas específicos tanto en términos de recepción como de control<sup>5</sup>.

Por otra parte, no debe olvidarse que durante los últimos veinte años Italia se ha situado siempre entre los cinco países europeos con mayor número de inmigrantes al año<sup>6</sup>. Asimismo, se caracteriza por una presencia total de ciudadanos extracomunitarios en su territorio porcentualmente superior a la que le correspondería atendiendo a su posición en el orden de países por número de inmigrantes anuales y en términos absolutos<sup>7</sup>. Las nacionalidades más representadas entre los extranjeros que se encuentran en territorio italiano son siempre las del continente africano: en el período comprendido entre el 1 de enero y el 1 de junio de 2018 más del 51% de los inmigrantes procedían de Túnez, Eritrea, Nigeria, Sudán, Costa de Marfil; todos, países de África centro occidental o del medio oriente caracterizados por la presencia de conflictos interétnicos (en particular, Siria) o por condiciones de especial debilidad política y económica (además de los países mencionados, también Etiopía, Níger, Malí, Senegal).

En cuanto a las rutas de acceso al territorio italiano, la ruta de los Balcanes, utilizada para llegar a Europa Central, especialmente a Alemania<sup>8</sup>, desde Grecia y Turquía siempre ha tenido una relevancia limitada en Italia. Así, la mayoría de los inmigrantes que llegan a Italia lo hacen por vía marítima procedentes del Norte de África: durante mucho tiempo la situación de la Libia post-Gadafi la ha convertido en el punto de salida favorito para llegar a la cercana isla de Lampedusa. Sin embargo, tras la tragedia acontecida en Lampedusa el 3 de octubre de 2013 (con más de 300 víctimas de un naufragio), la intervención humanitaria, primero italiana y después de la UE, frente a las costas de Libia, así como la adopción de una serie de Acuerdos con Libia (o, mejor dicho, con el Gobierno de Unidad reconocido internacionalmente), han provocado que una gran parte de las salidas se hayan trasladado durante el último año a los puertos de Túnez. Esta ruta es la más corta entre la costa del norte de África y el territorio italiano, y la distancia que separa ambas costas puede ser cruzada en escasas horas haciendo uso de lanchas rápidas que llegan a la costa siciliana (especialmente al suroeste de la isla, entre Mazara del Vallo y Sciacca). Algunas investigaciones han descubierto que para optimizar las ganancias que se obtienen con estos traslados los medios de transporte empleados no solo son

<sup>3</sup> La referencia es al Gobierno anterior (Paolo Gentiloni), y, especialmente, a su Ministro del Interior, Marco Minniti. En concreto, se reactivaron las disposiciones previstas en la *Dichiarazione di Tripoli* de 21 de enero de 2012 y el *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica Italiana e la Grande Giamariria Araba Libica Popolare Socialista*, firmado en Bengasi el 30 de agosto de 2008. Especialmente importante es el artículo 19 del Tratado en el que, entre otras medidas, se prevé la creación conjunta de un sistema de control de fronteras terrestres en Libia.

<sup>4</sup> En 2014 los desembarcos en costas italianas ascendieron a 20.500 personas (menos de la mitad respecto del año anterior, 2013, en el que se registró un número de 42.777 llegadas). En 2015 hubo una oleada repentina con 153.842 llegadas (lo que implica un número 7 veces superior al año precedente); continuó en 2016 con 181.436 personas (incremento de casi un 20%), manteniéndose durante la primera mitad de 2017, pero cerrándose ese año con 119.369 personas (un descenso de casi el 30% sobre el año en total). (Fuente: Ministerio del Interior en el *Dossier dati statistici al 23.1.2017 Camera dei deputati Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate*, integrados a partir del 1.6.2018 con los disponibles en el sitio web del Ministerio, consultado el 3.6.2018).

<sup>5</sup> Año 2014: 13.026; año 2015: 12.360; año 2016: 25.846; año 2017: 15.779; año 2018: 2.024 (hasta el 31 de mayo) (fuente: vid. nota anterior).

<sup>6</sup> De acuerdo con los datos de Eurostat, en 1998 Italia ocupaba el tercer puesto entre los países europeos en cuanto al número absoluto de inmigrantes al año (156.885), en 2008 el cuarto (534.712), en 2016 el quinto (300.823: último dato disponible <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do> : cons. 10.6.2018).

<sup>7</sup> Según datos de Eurostat, a 1 de enero de 2017 Italia ocupa el tercer puesto entre los países europeos en cuanto al número absoluto de inmigrantes (5.047.000; después de Alemania y Gran Bretaña), con una densidad porcentual de inmigrantes extracomunitarios sobre la población total (5,8%) mayor que la de Gran Bretaña (3,7 %) y un poco inferior a la de la grande y próspera Alemania (6,3%) y, en cualquier caso, superior a la de los otros dos países del Mediterráneo directamente afectados por el fenómeno (Grecia: 5,6%; España: 5,3%): [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/3/3c/Non-national\\_population\\_by\\_group\\_of\\_citizenship%2C\\_1\\_January\\_2017\\_.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/3/3c/Non-national_population_by_group_of_citizenship%2C_1_January_2017_.png); cons. 10.6.2018).

<sup>8</sup> La ruta balcánica ha sufrido cambios significativos después de que la originaria serbo-croata fuese obstaculizada por el Acuerdo de la UE con Turquía y se produjese el cierre de fronteras en Estados como Hungría y Croacia. Sin embargo, en 2018 hubo un renovado recurso a la misma, aunque a través de diferentes países de tránsito como Bosnia. (<https://www.zeit.de/politik/ausland/2018-05/migration-balkanroute-bosnien-herzegowina-fluechtlinge> cons. 10.6.2018)

utilizados para el traslado de personas (en cualquier caso, en un número limitado), sino que se aprovechan también para el contrabando ilegal de tabaco. Significativo es el dato que muestra que los Acuerdos con Libia han conllevado un cambio en la nacionalidad de los inmigrantes llegados a Italia. Así, en el último año puede verse que la nacionalidad tunecina ha pasado a ocupar el primer lugar entre los extranjeros que entran en Italia, cuando con anterioridad su porcentaje era insignificante en relación con el de otras nacionalidades: esto parece indicar que la intervención en Libia no solo ha hecho disminuir el flujo migratorio proveniente de ese país, sino que no ha conllevado que los inmigrantes que se trasladaban a Libia para proceder al cruce de fronteras se hayan trasladado al vecino Túnez.

Finalmente, debe señalarse que está siendo utilizada, especialmente por organizaciones criminales de la Europa del Este, una ruta más larga que une las costas griegas o turcas con la costa del sur de Italia (Bassa Puglia y Calabria, raramente la costa oriental de Sicilia). En ella se hace uso de barcos más lentos (veleros de hasta 20 metros, aunque usados a motor), pero que implican menos riesgos para la vida de las personas durante el traslado, en parte por el bajo número de personas transportadas (hasta 50 inmigrantes que pueden permitirse el mayor coste de este tipo de viajes: a menudo, profesionales sirios). En conjunto, la incidencia de esta ruta es limitada, estimándose que es utilizada en el 20% del total de llegada<sup>9</sup>.

### 3. Las contradicciones en el tratamiento jurídico del inmigrante irregular: necesidad de una reordenación teórica.

La tragedia de Lampedusa en octubre de 2013 supuso un punto de inflexión en la conciencia colectiva de los problemas relacionados con la migración en el Mediterráneo. Tanto en Italia como en la Unión Europea impuso un reequilibrio en la intervención realizada en este ámbito: la represión penal de aquellos que se benefician con el fenómeno no puede implicar una desprotección de los migrantes afectados.

Un claro ejemplo de esta lógica de “doble vía” es el Sistema europeo de vigilancia de las fronteras (EUROSUR), implementado como consecuencia inmediata del trágico naufragio de Lampedusa en 2013, con el fin de prevenir y combatir la “inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza”, y al mismo tiempo “asegurar la protección y el salvamento de las vidas de los inmigrantes”<sup>10</sup>. Las respuestas que se han ofrecido para garantizar la protección de la vida de los inmigrantes transportados por el Mar Mediterráneo, considerando en primer lugar al inmigrante como persona que necesita socorro y asistencia, han sido variadas: primero Italia con la operación *Mare Nostrum* en 2013-14, donde el enfoque humanitario prevaleció sobre el rechazo o la devolución de inmigrantes; después la Unión Europea, que confió la tarea de controlar las fronteras exteriores a una agencia especial (FRONTEX)<sup>11</sup> que en el Mediterráneo ha llevado a cabo intervenciones en las que también estaba presente la lógica de la acogida, como la operación *Tritón* en 2014 (transformada en febrero de 2018 en *Themis*); por último, nuevamente la Unión Europea, con la operación EUNAVFORMED (actualmente, *Sophia*), esta de tipo militar y con mando italiano.

Nos encontramos, aunque con diferentes condiciones y procedimientos, ante operaciones navales que desarrollan actividades coordinadas de *Search and Rescue* más allá de las aguas territoriales italianas con el objetivo de proteger la vida de los inmigrantes de los riesgos derivados de la travesía marítima para realizar la cual se embarcan en medios de transporte sobrecargados y con pésimas condiciones de seguridad. Sin embargo, y especialmente desde la operación *Tritón*, la lógica de la lucha contra la inmigración irregular ha llevado a los medios navales de estas operaciones a retroceder en su línea de intervención: y ello para evitar que su actuación se convierta en un *push factor* de la inmigración irregular. Se pretende evitar con esta medida que las sucesivas intervenciones de rescate efectuadas por los navíos europeos puedan ser utilizadas fraudulentamente por los propios *smugglers* que planifican la travesía teniendo en

<sup>9</sup> Se trata de informaciones provenientes de los expertos que operan en Sicilia en la lucha contra el *Smuggling* y la trata de seres humanos en el área del Mediterráneo Central, entrevistados en el contexto de una investigación en curso (en especial, el Fiscal Adjunto Direzione Distrettuale Antimafia de Palermo, 10.1.2018; el Comandante del Reparto Operativo Aeronavale della Guardia di Finanza de Palermo, 29.05.2018).

<sup>10</sup> Cfr. el considerando n.1 del Reg. (UE) N. 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013 (en DO 6/11/2013 L295/11), por el que se crea un sistema europeo de vigilancia de fronteras (Eurosir).

<sup>11</sup> Sobre el origen y competencias de FRONTEX vid. HOFMANN (2017), p.153 s.; BARNER-GAEDICKE (2017), p.171 s.

cuenta, precisamente, esa actuación de rescate. No obstante, las embarcaciones privadas, tanto comerciales como de organizaciones humanitarias de diversas nacionalidades, han continuado operando en mar abierto. La contradicción entre las dos lógicas se ha manifestado aquí de la forma más clara, cuando por los rescates en el mar llevados a cabo por organizaciones no gubernamentales, algunas fiscalías italianas (Trapani, Catania) han visto una posible relevancia penal en forma de comisión del delito de favorecimiento de la inmigración clandestina, o cuando se han decomisado los propios barcos, considerando su intervención no limitada al *Search and rescue*, por haber sido usados como instrumento del delito de tráfico ilícito de migrantes (*smuggling*)<sup>12</sup>.

Los acontecimientos acaecidos con ocasión de la entrada de inmigrantes por el frente sur del Mediterráneo ponen de manifiesto la contradicción de fondo existente en el tratamiento jurídico del inmigrante irregular. Los instrumentos internacionales vigentes en la materia y las modalidades de actuación a nivel nacional<sup>13</sup> han establecido una diferenciación entre el inmigrante *smuggled*, identificado como un sujeto 'clandestino' que debe ser rechazado o expulsado como consecuencia de su entrada ilegal en el territorio estatal, y las víctimas de *trata*, que por el contrario deben ser protegidas y asistidas<sup>14</sup>.

Una divergencia de posiciones que también está condicionada negativamente por la posición que se le otorga al inmigrante en la estructura del delito de *smuggling*. Así, el migrante es un elemento necesario pero externo al núcleo de la ofensa, puesto que ni es coautor ni víctima del delito. La naturaleza irregular de la condición del migrante es, de hecho, solo un presupuesto de la ilicitud de la conducta del traficante/*smuggler*; al mismo tiempo, la ilicitud de la conducta del inmigrante no se basa en su participación en el delito de *smuggling*, sino que deriva de diferente legislación, tanto administrativa como penal; tampoco se le reconoce la condición de víctima del delito, en sentido estricto, al ser el bien jurídico penalmente protegido de naturaleza supraindividual, identificándose con la integridad de las fronteras estatales y el control de los flujos migratorios. En este sentido, la doctrina penal italiana ha identificado al inmigrante irregular con el objeto material del delito de *smuggling*<sup>15</sup>.

Pero desde esta perspectiva, el migrante es degradado a componente pasivo de la acción de *smuggling*, tal y como se extrae de la propia terminología (*smuggling of migrants*) empleada internacionalmente en el *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. De esta forma, se prescinde de cualquier mención al hecho de que el traslado se produce como consecuencia de la necesidad y a iniciativa y solicitud del propio inmigrante a quien el *smuggler* vende un servicio de naturaleza ilícita. Considerar al inmigrante como un mero objeto material del *smuggling* equivale a despojarlo de su experiencia personal, sus problemas, necesidades y aspiraciones que explican el por qué obvian los riesgos derivados del cruce de fronteras en África y de la peligrosa travesía por mar<sup>16</sup>.

Reducir al migrante a una mera cosa sobre la que opera el autor del *smuggling* no es compatible con los derechos fundamentales que le son reconocidos expresamente por la normativa especial de inmigración. Así, el artículo 2 del *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* (en adelante, TUIMM)<sup>17</sup> reconoce al extranjero presente en la frontera o en el territorio del Estado todos los derechos fundamentales del ser humano.

Además, la consideración del inmigrante como objeto material de una conducta ajena es, precisamente, lo que pretende contrarrestarse con la incriminación de la trata de personas, evitando reducir a la persona a la condición de una mercancía, de un objeto, a explotar para

<sup>12</sup> Por ejemplo, el barco alemán IUVENTA, de la JUGEND RETTET, objeto en Trapani de decomiso preventivo desde el verano de 2017. Más ampliamente en este delicado tema, véase el par. VI.

<sup>13</sup> El entramado normativo tiene lugar en varios niveles del ordenamiento: vid. por ej. BREITENMOISER (2017), p. 11s. Más ampliamente véase REINBACHER (2014); MILITELLO (2014), p.106 s.

<sup>14</sup> Compárese, por ejemplo, la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas con la Directiva 2002/90/CE destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares y la correspondiente Decisión marco 2002/946/JAI. En Italia, los preceptos del código penal a comparar serían el art. 601 (sobre la *trata de personas*) y el art. 602 (sobre la *compra y venta de esclavos*) con el art. 12 del Decreto Legislativo 25 de julio de 1998, n. 286 (sobre la llamada *facilitación de la inmigración ilegal*).

<sup>15</sup> DONINI (2009), p. 119 s.; PELISSERO (2015), p.108. Pero la imagen del migrante como una especie de objeto que es transportado desde un punto a otro por el traficante también está presente en la investigación criminológica: vid. SALT e STEIN (1997), p. 467 s.

<sup>16</sup> Subrayan los límites del enfoque que ve al migrante como un objeto del transporte VAN LIEMPT e DOOMERNIK (2006), p. 167 s. Sobre la complejidad de los motivos que empujan al inmigrante a salir del propio estado de origen v. JANDA, (2017), p.253.

<sup>17</sup> Decreto Legislativo de 25 de julio de 1998, n.286.



otros fines (sexual, laboral, extracción de órganos). De ahí la paradoja: considerar al migrante irregular como objeto material del delito de *smuggling* equivale a que el ordenamiento jurídico le otorgue un trato similar al que se pretende evitar con la tipificación de la trata de personas.

Para superar la contradicción señalada y proporcionar un marco teórico apropiado para la protección de los derechos fundamentales de la persona migrante es necesario cambiar el enfoque teórico básico: no puede ser considerado como un mero objeto material del *smuggling*, sino que debe reconocérsele la condición de sujeto en la estructura del delito, si bien con un papel distinto. Para ello, es necesario distinguir entre *sujeto del delito* y *sujeto del ilícito y de la correspondiente sanción*: normalmente ambas figuras coinciden, pero no necesariamente tienen que hacerlo. El primero es un sujeto sin cuya acción no se puede configurar el delito, pero no es a este al que se dirige la función preventiva de la pena prevista. El segundo es, por el contrario, quien lleva a cabo la conducta ilícita que el ordenamiento jurídico quiere prevenir amenazando con la correspondiente sanción<sup>18</sup>.

Si se utiliza esta distinción en los delitos de *smuggling of migrants* y de *trafficking in persons* se advierte que en ambos casos la presencia del migrante es necesaria (asumiendo con ello la condición de sujeto del delito). Y al mismo tiempo, el propio migrante nunca adquiere la condición de autor en tales delitos ni está sometido a la correspondiente sanción, configurándose como sujeto titular del bien jurídico protegido (trata de seres humanos) o como sujeto cuya presencia permite la calificación como ilícita de la conducta de *smuggling*, pero sin ser el titular del bien jurídico afectado por la conducta.

Considerar al migrante como sujeto necesario del delito de *smuggling* no solo permite superar la rígida alternativa de otorgarle relevancia penal como víctima del delito o como autor/cómplice del delito, sino que se adapta mejor a su condición de titular de los derechos que le son reconocidos por el ordenamiento jurídico del Estado en el que entra o por el que transita irregularmente, de conformidad con las normas europeas, internacionales y constitucionales, tal y como se prevé en el mencionado art. 2 TUIMM.

## 4. La acogida del inmigrante y su protección internacional entre derechos, deberes y límites.

El inmigrante extracomunitario en Italia, independientemente de la cuestión de la legitimidad o no de su entrada en un estado, mantiene la titularidad de un conjunto de derechos fundamentales, comenzando por el derecho a ser salvado de los riesgos que pongan en peligro su vida o integridad física.

Entre los derechos denominados de primera acogida se encuentra ante todo el derecho a ser rescatado. No se trata solo de rescatar el barco en riesgo de naufragio que se encuentra a la deriva en mar abierto, sino también del derecho a recibir tratamiento y atención médica. Estos derechos se encuentran garantizados en los barcos de la *Marina* y de la *Guardia* costera italiana, donde se realiza un primer *triage* médico y un posterior control sanitario tras la llegada a puerto y durante la posterior fase de acogida, hasta el ingreso en los *hostpots* (centros de primera recepción)<sup>19</sup>. Guiada por la lógica de garantizar el derecho a la vida, la fase de “primera acogida” se ocupa de garantizar alimentos y alojamiento a todos los migrantes que llegan a territorio nacional. En Italia, a este fin se destinan los “*Centri di accoglienza straordinaria*” (CAS: centros de acogida extraordinaria), administrados por la *Prefecturas* de acuerdo con los entes locales (municipios), que a través de organizaciones privadas con las que existe convenio proporcionan servicios de atención primaria a los migrantes.

La tutela del derecho a la vida e, incluso, a la libertad del inmigrante frente a las amenazas que sobre ellos puedan existir en sus territorios de origen, fundamenta el derecho a no ser expulsados. Este derecho deriva de múltiples fuentes jurídicas: a nivel internacional, de la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 4 del Protocolo No. 4 del CEDH) y de la prohibición de expulsión o devolución (artículo 33 del Convenio de Ginebra de 1951, incorporado al ordenamiento jurídico italiano mediante Ley n. 722, 24 de julio de 1954); a nivel italiano, en

<sup>18</sup> Para esta distinción cfr. PAGLIARO (2003), p.161 s.

<sup>19</sup> En junio de 2017 las entidades médicas aprobaron las directrices a seguir, implementándose a nivel gubernamental en mayo de 2018. En particular, la Conferencia Estado-Regiones de 10.05.2018 alcanzó un “*Accordo sulle Linee guida I controlli alla frontiera – la frontiera dei controlli. Controlli sanitari all’arrivo e percorsi di tutela per i migranti ospiti nei centri di accoglienza*”.



primer lugar, destaca la prohibición de extradición de extranjeros por delitos políticos (artículo 10.4 de la Constitución), pero también la obligación de prestar asistencia en los pasos fronterizos al extranjero, incluso cuando se ha acordado el rechazo (art. 10.5 TUIMM).

Con la misma lógica, el derecho del inmigrante a ser protegido por el Estado al que llega se puede configurar como un deber de hospitalidad del Estado hacia el inmigrante. En la forma más completa, este derecho-deber se alcanza cuando concurren las condiciones para obtener el reconocimiento del estatuto de refugiado (en virtud de la Convención de Ginebra) o por haber sido concedida alguna de las otras dos formas de protección subsidiaria o humanitaria.

Los deberes del Estado anfitrión hacia el extranjero van más allá de aquellos casos en los que el sujeto tiene reconocido el estatuto de refugiado u otras formas de protección internacional. Obviamente, estos deberes se extienden a las personas que reúnen los requisitos para residir regularmente en el territorio y, en consecuencia, son titulares de muchos de los derechos de los ciudadanos nacionales; pero también se extienden a aquellas que habiendo entrado irregularmente en territorio nacional se encuentran a la espera de que se resuelva sobre alguna de las tres formas de protección previstas en el ordenamiento. Para estos casos, denominados de “segunda acogida”, en Italia se ha desarrollado durante casi veinte años el “*Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati*” (SPRAR). Se trata de una red de autoridades locales que se declaran disponibles para desarrollar un proyecto de acogida integral, financiados por el Fondo Nacional para políticas y servicios de asilo. Aunque desde 2015 (*Decreto Legislativo 145/2015*) este debería ser el sistema ordinario para asegurar la integración de los inmigrantes en todo el territorio italiano, de tipo difuso y no concentrado en unos pocos centros superpoblados, lo cierto es que el número de migrantes que participan en dichos proyectos sigue siendo limitado, aunque va en aumento. De hecho, la abrumadora mayoría de los migrantes que se encuentran a la espera de reconocimiento del estatuto de refugiado permanecen en los CAS, que en realidad deberían limitarse a la primera acogida. Esta insatisfactoria situación es consecuencia del número limitado de municipios miembros del SPRAR, existiendo grandes diferencias entre el norte y el sur de Italia, con una sorprendente relación inversa respecto a sus condiciones económicas<sup>20</sup>. Finalmente, más en general, los inmigrantes que ingresan sin permiso de residencia pueden reclamar derechos como el de acceso a servicios públicos esenciales (la atención de la salud antes mencionada, pero también el acceso a la educación de los menores y el acceso a la justicia). Sin embargo, el ejercicio de estos derechos está limitado por el riesgo inherente a exteriorizar públicamente su condición de irregularidad. El número de solicitudes de asilo concedidas tras un largo proceso de evaluación no alcanza ni la mitad de las solicitudes presentadas. Este dato nos muestra que la mayoría de los migrantes que llegan a Italia son, de hecho, personas con la condición de residentes irregulares en el territorio del Estado. Esta condición de irregularidad, unida a las sanciones previstas en la legislación, conlleva indirectamente la imposibilidad de ejercitar en concreto una serie de derechos fundamentales. De ahí el riesgo de que la legislación que pretende seguir la táctica de “tierra quemada” en torno a tales sujetos acabe reduciéndolos a “no personas”<sup>21</sup>.

## 5. La condición de inmigrante irregular en Italia: ¿cuál es el papel del derecho penal?

Los inmigrantes que llegan a Italia sin permiso de residencia y que no han obtenido ningún tipo de protección internacional, así como los extranjeros que a pesar de entrar regularmente pierden con posterioridad la vigencia de su permiso, son sujetos que se encuentran en situación de irregularidad. Y esta situación irregular tiene prevista una duplicidad de sanciones, administrativas y también penales, que se entrelazan de diversas maneras en el sistema legal italiano. Aunque debe destacarse que nunca se ha llegado, en Italia, a una incriminación del extranjero en situación irregular penada con prisión, lo cierto es que la respuesta penal ha

<sup>20</sup> De 7.956 municipios italianos (Fuente ANCI) el sistema SPRAR indica que en marzo de 2018 eran 755 los proyectos titularidad de entes locales, siendo titularidad 654 de los municipios y encontrándose involucrados en su implementación 1.200 municipios (<http://www.sprar.it/i-numeri-dello-sprar> – cons. 16.6.2018). En particular, a partir de marzo de 2018, los lugares asegurados por el sistema SPRAR eran 35.869: de estos 7.075 (19,72%) en el norte (Lombardía, Piamonte, Liguria, Véneto, Friuli Venezia Giulia, Trentino Alto Adige, Valle de Aosta); 12.856 (35,84%) en el centro (Lazio, Emilia Romagna, Toscana, Marche, Molise, Abruzzo, Umbria); 15.938 (44,43%) en el sur (Sicilia, Calabria, Puglia, Campania, Basilicata, Sardinia).

<sup>21</sup> Respectivamente, vid. COLLICA (2012), p.207; y DAL LAGO (2004).

sido y es una de las formas utilizadas por el Estado para garantizar su derecho a regular los flujos migratorios en el territorio.

Si consideramos que desde el siglo XIX hasta los años sesenta del siglo pasado Italia fue un país en el que las tendencias migratorias fueron permanentemente “de salida”, se comprende mejor la intervención que a la tendencia opuesta se le ha venido ofreciendo solo desde hace treinta años. Además, durante mucho tiempo el objetivo fue actuar contra los sujetos que ofrecían los servicios para el viaje del extranjero, en lugar de centrarse en la conducta de estos últimos, lo que demuestra la comprensión de la particular situación en la que se encuentran estas personas que, con la voluntad de mejorar sus condiciones de vida, se enfrentan a riesgos mucho mayores que los asociados a las sanciones penales.

El delito de favorecimiento de la inmigración clandestina fue introducido en 1989 con la finalidad de sancionar a cualquier persona que realizase actividades destinadas a favorecer la entrada de extranjeros en el territorio del Estado vulnerando las disposiciones legales. La eventual presencia del ánimo de lucro en la actividad es una circunstancia agravante de la pena (art. 3, apartado 6, d.l. 416/1989, convertido en apartado 8 por la Ley de conversión 39/1990)<sup>22</sup>. Una norma que se ha mantenido hasta el art. 12 TUIMM, aunque con el tiempo se hayan visto modificados ciertos aspectos<sup>23</sup>.

Tradicionalmente, las disposiciones que regulan la entrada o la permanencia de los extranjeros en el territorio del Estado han sido consideradas dignas de protección penal cuando tienen como destinatarios a aquellas personas que favorecen la entrada o la permanencia del extranjero en el territorio, pero no contra quienes entran o permanecen irregularmente en el mismo. Sin embargo, en la última década, cuando la inmigración se convirtió en un tema central del debate público, la intervención penal se desplazó también hacia este último. De esta forma se manifestaba en el ámbito migratorio el nuevo paradigma del derecho penal como herramienta para garantizar la seguridad de los ciudadanos<sup>24</sup>.

En el transcurso de esta última década, el nuevo paradigma ha ido adquiriendo un mayor peso en las decisiones de política criminal, especialmente a través de los desarrollos más recientes de la legislación antiterrorista que han llevado a la constante aparición de nuevas figuras delictivas y a una progresiva anticipación de las barreras de protección penal.

Sin embargo, el problema ya era patente en 2009, cuando a través de la referencia general a la seguridad del Estado se hizo uso del derecho penal para tipificar como delito la entrada o permanencia irregular en el territorio del Estado dentro de un “Paquete de seguridad”, en el que se incluían una serie de medidas muy heterogéneas del Gobierno entonces vigente. En la redacción inicial, la norma preveía la conducta como un delito sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años, aunque finalmente se introdujo una falta con la pena de multa de 5.000 a 10.000 euros (Artículo 1 c.16 Ley 15.7.2009 No. 94). Y, adicionalmente, para evitar que la nueva ofensa criminal aumentase todavía más la carga de trabajo de la jurisdicción penal ordinaria, se confió a los jueces de paz la competencia para la investigación y enjuiciamiento de estas conductas (artículo 10 *bis* TUIMM)<sup>25</sup>.

La norma se reveló rápidamente como ineficaz. Los sujetos indigentes como los inmigrantes irregulares no estaban en condiciones de asumir el pago de una pena pecuniaria de miles de euros. El carácter simbólico de la norma penal se confirma si tenemos en cuenta que la verdadera sanción para la conducta era la expulsión coercitiva del extranjero permitida por el art. 16 TUIMM<sup>26</sup>.

La política de criminalización de la condición de inmigrante clandestino es aún más contradictoria en Italia si se tiene en cuenta el panorama completo. Por una parte, entre las disposiciones que formaban parte del conjunto de medidas de seguridad adoptadas por el mismo Gobierno que introdujo la primera infracción, se introdujo como circunstancia agravante común en el Código Penal la comisión de cualquier delito por extranjeros irregulares (nuevo art.

<sup>22</sup> Una previsión análoga pero limitada al trabajo de los extranjeros fue introducida por el art. 12 de la Ley de 1986 n. 943. A los extranjeros se dedicaba el Título V del *Testo unico di Pubblica Sicurezza del 1931*, con numerosas previsiones dirigidas al control de esa presencia y a la posibilidad de una expulsión administrativa. Para una breve reseña sobre la evolución normativa en la materia, cfr. SPENA (2018).

<sup>23</sup> A la “estratificación” normativa en la materia se refiere el Dossier n. 210 Ufficio Studi Senato della Repubblica – Legislatura 17<sup>a</sup>, p.17 s. (<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00912705.pdf>)

<sup>24</sup> CORDÌ (2011), 2 s. Para una visión general, vid. DONINI (2008), p. 3558 s.; MILITELLO (2013), p.127 s. Recientemente a nivel europeo, p.ej., HOFMANN (2017), p.179 s.

<sup>25</sup> La intención de no sobrecargar el funcionamiento de la justicia penal “ordinaria” no puede ignorar las consecuencias de esta elección en el plano sancionador, comenzando por la inaplicación de la suspensión condicional de la pena y la conformidad: reservas a este respecto COLLICA (2012), p. 48 s.

<sup>26</sup> Sobre este punto, p. ej., CORDÌ (2011), 233, 256 s.; SIRACUSA (2015), p. 253 s.; COLLICA (2012), p.93 s.

61 núm. 11-bis del Código Penal italiano)<sup>27</sup>.

Este precepto fue declarado inconstitucional por la importante Sentencia de 5 de julio de 2010, n.º 249, de la Corte Constitucional italiana, al considerarlo contrario a los arts. 3 y 25 apartado 2 de la Constitución italiana. Por el contrario, el mismo órgano, pocos días después (en Sentencia de 8 de julio de 2010, n.º 250), avaló la constitucionalidad del art. 10 *bis* TUIMM, declarando la legitimidad del recurso al derecho penal en el ámbito del control y la gestión de los flujos migratorios sobre la base de las necesarias valoraciones política y socio económica, encaminadas a proteger otros intereses como la salud, la seguridad y el orden público, el mercado laboral, etc.<sup>28</sup>. Sin embargo, es relevante destacar que esta Sentencia no motiva suficientemente el por qué debe ser el derecho penal y no el derecho administrativo el encargado de gestionar este tipo de fenómeno, sobre todo si interpretamos de forma rigurosa los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*<sup>29</sup>. Todo ello deviene todavía más significativo si tenemos presente que el marco normativo europeo no aboga por la sanción penal del inmigrante irregular, sino que establece como respuesta a esta situación el retorno y la expulsión del extranjero. Ambas medidas de naturaleza esencialmente administrativa, a pesar de estar prevista en Italia la expulsión judicial por la comisión de delitos, que se configura como una sanción alternativa a la prisión.

Por otro lado, la tendencia a considerar el derecho penal como una respuesta desproporcionada a la condición de irregularidad del inmigrante pareció por un momento convencer al propio legislador italiano, cuando se aprobó la *Legge delega 28 aprile 2014*, n. 67, en la que se preveía despenalizar el delito de entrada y permanencia irregular tipificado en el art. 10 *bis* TUIMM. Sin embargo, esta decisión política devino ineficaz al no haber sido adoptados los decretos de aplicación necesarios para ello, habiendo expirado ya el mandato. Aquellos que identificaron ese momento como un punto de inflexión en la política criminal italiana en la lucha contra la inmigración irregular<sup>30</sup> aún pueden recibir un estímulo importante de las manifestaciones realizadas por importantes representantes de la Magistratura, que a principios de 2016 en discursos oficiales declararon que el delito de entrada y estancia ilegal ha sido tan ineficaz como dañino para la carga de trabajo pero que, no obstante, obliga a los fiscales<sup>31</sup>.

En Italia, el proceso de criminalización de la condición de inmigrante está hoy vinculado a tres posibles fuentes de calificación. Se puede decir que, si alguna vez comenzó, “el proceso de retirada gradual de la intervención penal en la materia”<sup>32</sup> no es actualmente reconocible en el sistema legal italiano.

Además del mencionado art. 10 *bis* TUIMM cabe recordar la tipificación como delito de la conducta consistente en la entrada ilegal del extranjero que ya ha sido objeto de expulsión encontrándose vigente todavía la prohibición de entrada. Este delito tiene prevista una pena de prisión de uno a cuatro años, aumentándose el marco penal de uno a cinco años en aquellos casos en los que la reentrada ilegal es reiterada (una hipótesis que se podría denominar de reincidencia específica, prevista para aquellos supuestos en los que el extranjero que ya ha sido denunciado por una reentrada ilegal y, por lo tanto, fue expulsado nuevamente, vuelve a entrar ilegalmente en el territorio del Estado: art. 13, apartado 13 y 13 *bis*, TUIMM). Aquí la legislación europea solo ha podido limitar parcialmente el alcance original de la disposición: como consecuencia de la Ley de transposición de la Directiva de Retorno de 2011 se ha reducido el plazo normal de prohibición de entrada, que ahora no puede ser superior a 5 años (lo que implica una reducción a la mitad de la duración máxima fijada originariamente en 10 años). Al respecto, el Tribunal de Justicia de la UE ha declarado que el uso en estos casos de la prisión es compatible con la Directiva de Retorno (2008/115/CE)<sup>33</sup>. Una vez más, se han visto decepcionadas las esperanzas de quienes esperaban una resolución diferente por parte del

<sup>27</sup> Introducido por el art. 1f DL 92/2008 conv. mod. L. 125/08 (y art. 1 co. 1 L. 94/2009). En doctrina v. GATTA (2009), p. 713 s.

<sup>28</sup> C. cost. sent. n. 250/2010, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p.1359, nota de MASERA, y en *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1187, nota de CAPUTO.

<sup>29</sup> Para DONINI (2009), 126, en este caso solo se requiere el incumplimiento de un deber prescindiendo de la incidencia real de la conducta de entrada en el territorio del Estado sobre la actividad administrativa de control y gestión de los flujos migratorios. Cfr. MANES (2012), p. 101 s.; COLLICA, (nt. 21), p. 91.

<sup>30</sup> GATTA (2015), p.191.

<sup>31</sup> En relación con la inauguración del año judicial 2016 por parte del presidente de la Corte di Cassazione, Giovanni Canzio.

<sup>32</sup> Gatta (2009), p.713.

<sup>33</sup> Tribunal de Justicia de la UE, 1 octubre 2015, Celaj (causa n. C-290/14): “la directiva no afecta a la facultad de los Estados miembros de prever sanciones penales contra los ciudadanos de terceros países, cuya estancia sea irregular, para los cuales la aplicación del procedimiento previsto en tal directiva ha llevado a la repatriación y que entran nuevamente en el territorio de un Estado miembro infringiendo una prohibición de entrada” (§ 30).



Tribunal de Justicia a la luz de la jurisprudencia previa que el mismo Tribunal había adoptado sobre la prisión en supuestos de incumplimiento del período de salida voluntaria o de estancia irregular durante el procedimiento de retorno, por ejemplo<sup>34</sup>.

Precisamente, como consecuencia de esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, hoy solo se prevén penas pecuniarias para la tercera de las conductas del inmigrante irregular con relevancia penal, que se sitúa entre las dos anteriores (respectivamente, el art. 10 *bis* y el art. 13 *bis* TUIMM): es decir, aquellos casos en los que se quebranta por primera vez una orden de salida del territorio nacional (art. 14 apartado 5 *ter* y 5 *quater* del TUIMM).

Que el derecho penal continúa desempeñando un papel en el tratamiento de inmigración irregular se ve confirmado por otra dimensión del sistema penal: el sistema penitenciario. Si nos fijamos en el número de reclusos extranjeros en las cárceles se detecta una sobrerrepresentación en comparación con los nacionales italianos: mientras que la población reclusa extranjera es de casi un tercio, la presencia de extranjeros en el territorio no supera el 7-8%<sup>35</sup>. Estos datos no indican una mayor tendencia de los extranjeros a cometer delitos, sino que muestran un menor acceso a penas no privativas de libertad (por ejemplo, las medidas alternativas a la pena de prisión requieren un trabajo y una casa como condición para su concesión). Incluso los límites de la asistencia jurídica a los extranjeros, que como consecuencia de sus dificultades económicas suele confiarse a la asistencia jurídica gratuita (Oficina de Defensa), puede ser un factor no secundario que contribuya a la situación.

## 6. Intervenciones de rescate en el mar y tentaciones penales.

La tendencia expansiva del derecho penal respecto a la cuestión migratoria no se limita, como ha podido comprobarse, al plano legislativo, sino también a la aplicación de las normas penales. No es posible abordar aquí la cuestión general de cómo la Magistratura italiana ha asumido, en los últimos tiempos, el papel derivado de la exigencia de intervención penal en la lucha contra fenómenos considerados socialmente lesivos (de la corrupción a la criminalidad organizada, del terrorismo a la tutela del medio ambiente). Sin embargo, resulta interesante retomar algunos sucesos, ya mencionados como ejemplos de aplicación de la ley penal, que parecen más orientados al objetivo general de contrarrestar la afluencia y permanencia de migrantes irregulares que a respetar la coherencia entre premisas normativas y límites constitucionales y supranacionales.

Las intervenciones de salvamento en el mar de las embarcaciones que trasladan irregularmente a migrantes son un claro ejemplo de lo anterior. Un primer problema se produce al identificar las intervenciones de salvamento efectuadas en el Mediterráneo, a lo largo de la costa italiana, con el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina que incrimina “actos dirigidos a procurar la entrada”, en un Estado, de uno o más extranjeros que carecen del derecho a hacerlo (art. 12, apartados 1 y 3, TUIMM). De hecho, como ya se ha visto, para prevenir el riesgo de naufragio y evitar la consiguiente pérdida de vidas humanas, en los últimos años las intervenciones de salvamento se han trasladado más allá del mar territorial italiano, produciéndose en alta mar frente a las aguas territoriales de los países norteafricanos de partida de los migrantes.

En este sentido, la jurisprudencia italiana ha calificado como favorecimiento de la inmigración irregular, de acuerdo con la ley penal italiana, tanto la anterior modalidad operativa desarrollada por los traficantes, donde el “buque nodriza” fondeaba fuera de los límites de aguas territoriales italianas mientras que los migrantes eran trasladados a tierra firme en barcos más pequeños, como la modalidad más reciente en la que los traficantes abandonan a los migrantes en alta mar para que sea la red de salvamento marítimo internacional quien los res-

<sup>34</sup> Tribunal de Justicia de la UE, 28 abril 2011, Hassen El Dridi (causa C-61/11), en *Dir. pen. cont.*, 29 abril 2011, con nota de VIGANÒ; Tribunal de Justicia de la UE, 6 diciembre 2012, Sagor (causa C-430/11), en *Dir. pen. cont.*, 7 diciembre 2012, nota de VIGANÒ; Tribunal de Justicia de la UE, 6 diciembre 2011, Achughbabian (causa C-329/11), en *Dir. pen. cont.*, 6 diciembre 2011, nota de MASERA.

<sup>35</sup> A propósito cfr. MANNO (2015), p.294 s.

cate y, posteriormente, traslade a territorio nacional<sup>36</sup>. En estos casos, la decisión de reconocer la competencia jurisdiccional italiana está fundamentada siempre que se pueda identificar un vínculo asociativo o, al menos, concursal, entre los sujetos que contribuyen a la realización de la operación en su conjunto, aunque esta se desarrolle en parte fuera del mar territorial y en parte en los límites del mar territorial (o cuando menos de la zona contigua), como ocurre en los casos de buques nodriza donde se ha planificado la realización del último tramo del trayecto por medios más pequeños<sup>37</sup>.

Menos convincente parece esta decisión cuando – como ocurre recientemente – la actividad de los traficantes es realizada, en su totalidad, fuera del mar territorial, siendo los migrantes rescatados en aguas internacionales por medios navales alertados a través del sistema internacional de *search and rescue*. Al margen de un reducido número de casos en los que la intervención está legitimada por disposiciones de origen internacional que han sido incorporadas al sistema legal italiano<sup>38</sup>, la aplicación de las leyes penales y el reconocimiento de la jurisdicción italiana en relación con las actividades dirigidas a favorecer la inmigración irregular cuando el salvamento se produce fuera de las aguas territoriales, ha sido afirmada por la jurisprudencia de dos formas, distintas en cuanto se refieren a sujetos diferentes, pero relacionadas.

En la primera, el dato geográfico objetivo de realización extraterritorial de la conducta del traficante ha sido reconducido a través de una construcción jurídica que la prolonga, al incluir las actividades de rescate directamente activadas por los traficantes mediante la llamada al sistema internacional de *search and rescue*, o mediante cualquier otra forma que previsiblemente active los sistemas de localización automática de medios navales en la superficie marítima controlada. En concreto, la *Cassazione* ha considerado como una máxima de la experiencia que el rescate en el mar es un instrumento utilizado por los traficantes para hacer llegar y, propiamente, transportar al extranjero hasta el territorio del Estado; los rescatadores, a su vez, se limitan a cumplir con sus deberes de intervención y posterior desembarco en territorio italiano y, por lo tanto, actúan en una situación de estado de necesidad provocada por la acción de los traficantes: contemplado en el art. 54 párrafo 3 –que prevé que en aquellos casos en los que la acción necesaria sea resultado de una amenaza creada por un tercero será este último el que responda de la acción, y no quien la realiza– así, quienes deberán responder son los traficantes que abandonan en alta mar a los migrantes, poniendo en peligro sus vidas<sup>39</sup>. Con esta finalidad, se ha acudido al esquema dogmático de la autoría mediata para fundamentar la no punibilidad de los rescatadores y, a su vez, la responsabilidad de los traficantes, que cuentan con las intervenciones de salvamento desarrolladas por el sistema de protección del mar<sup>40</sup>.

No obstante, el recurso a esta construcción teórica resulta inadecuado. Por un lado, la noción de “autoría mediata” es una figura “importada” (de origen germánico), que ejemplifica uno de los riesgos más típicos de la dogmática penal, forjar conceptos que, a pesar de su aparente valor general, a la luz de las normas de un concreto sistema penal son, como mínimo, superfluos<sup>41</sup>: de hecho, la noción en cuestión constituye un esquema de imputación no necesario, al menos en el ordenamiento italiano, que regula el concurso de personas en el delito de forma que resulta compatible la no punibilidad de algunos sujetos, que realizan una aportación causal

<sup>36</sup> Una elección expresamente respaldada en el ámbito de coordinación de las investigaciones de la *Direzione Nazionale Antimafia*: cfr. Directrices *Oggetto: associazioni per delinquere dedite al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Navigli usati per il trasporto di migranti con attraversamento di acque internazionali. Proposte operative per la soluzione dei problemi di giurisdizione penale nazionale e possibilità di intervento*, 2014 (en este sentido, G. LICASTRO (2018)). Con anterioridad, la jurisprudencia había negado la jurisdicción italiana por hechos acontecidos fuera del límite del mar territorial, pero en la zona contigua: Cass., Sez. I, 8 de septiembre de 2010, n. 32960 [críticamente, LEANZA y GRAZIANI (2014), p. 171].

<sup>37</sup> Cass., Sez. I, 23 mayo 2014, n. 36054.

<sup>38</sup> Se trata de casos en los que se puede reconocer un derecho de persecución conforme a la Convención de Montego Bay (Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar – CNUDM: art. 111), que requiere una inicial entrada en aguas italianas, que en los casos aquí considerados no se produce, y aquellos en los que los barcos en los que se encuentran los migrantes no tengan nacionalidad, o pueda considerarse que carecen de ella, y, por lo tanto, es posible ejercer el derecho de visita en virtud de la misma Convención (art. 110), completada por el Protocolo sobre el tráfico ilícito de Migrantes de la Convención de Palermo sobre Delincuencia organizada transnacional (art. 8, párrafo 7).

<sup>39</sup> El enfoque se inicia con Cass., I, 28 febrero 2014, n. 14510, en *www*.

*penalecontemporaneo.it*, nota de A. GILIBERTO, *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*; Cass., I, 11 marzo 2014, n. 18354; Cass., 23 maggio 2014, n. 36053. En el mismo sentido Trib. Catania, V, 20 febrero 2014.

<sup>40</sup> Cass., 28 febrero 2014, n. 14510. Críticamente, entre otros, TRAPASSO (2017), p. 591; BERNARDI (2018), p. 139 ss.; MANACORDA (2018); FAZIO (2018).

<sup>41</sup> Para una advertencia sobre los riesgos “sistémicos” para la dogmática penal, cfr., si se desea, MILITELLO (2012), p. 352 ss.

al resultado, con la responsabilidad concursal de otros que se han aprovechado de la acción 42. Por otro lado, la misma conclusión se puede alcanzar, sin necesidad de recurrir a la teoría mencionada o a otras construcciones aún más problemáticas<sup>43</sup>, acudiendo directamente a la actual formulación de la norma sobre el favorecimiento de la inmigración irregular que, además de los ya mencionados “actos dirigidos a procurar la entrada irregular”, incrimina autónomamente otra conducta consistente en promover o efectuar el transporte de extranjeros al territorio del Estado. Y es precisamente en esta última donde puede subsumirse un acto ajeno, que el agente considere programáticamente como útil para la realización de la conducta<sup>44</sup>.

Por lo tanto, el delito en cuestión ya prevé un transporte “parcial”, donde parte del trayecto es realizado directamente por los traficantes y la parte restante mediante la contribución de otros, cuando esta contribución ajena ha sido prevista desde el inicio como parte del plan criminal global. En otras palabras, el traficante “efectúa el transporte” cuando inicia el viaje con un “cargamento” de migrantes, profundizándose en la misma ofensa cuando los migrantes llegan efectivamente al destino, aunque sea mediante el socorro ajeno programado: se trata de la distinción entre agotamiento y consumación del delito, que se plantea en una línea de profundización de la ofensa hasta su “máxima gravedad concreta” 45.

El incierto fundamento de la vía seguida por la jurisprudencia en la calificación de las intervenciones de rescate en el mar es incluso mayor si se centra la atención sobre la posición de los rescatadores de los migrantes, para los que la tentación de una intervención penal dirigida a aplicar el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina reaparece de forma recurrente, al menos en relación con las intervenciones realizadas por organizaciones humanitarias con barcos que enarbolan bandera extranjera. En este sentido, sería irreal pensar en crear una auténtico “delito de solidaridad”<sup>46</sup>, que contravendría *in primis* y de forma frontal los principios fundamentales de nuestra Constitución (*ex. art. 2*, pero también el *art. 10*), pero, por otra parte, no podemos olvidar que desde 2004, cuando un buque alemán (*Cap Anamur*), después de una espera prolongada, desembarcó en un puerto siciliano con un grupo de migrantes rescatados en el mar<sup>47</sup>, ha habido una reiteración de tesis acusatorias ante tales situaciones, siempre en relación con el favorecimiento de la inmigración irregular. El hecho de que todas estas iniciativas hayan fracasado por el momento en los juicios que han concluido<sup>48</sup> no debe hacernos olvidar el problema, ya que ciertas investigaciones, con sus correspondientes medidas cautelares, se encuentran todavía en curso, lo que ha provocado que ante la incertidumbre generada muchas organizaciones humanitarias hayan decidido no continuar con sus actividades de salvamento. Inevitablemente se han producido repercusiones sobre el sistema de seguridad en el mar, en el que estas intervenciones habían adoptado, en pocos años, un papel mayoritario en comparación con las públicas y que, por primera vez, se han reducido a cero en julio de 2018 49.

<sup>42</sup> La doctrina italiana ha rechazado mayoritariamente la idea de hacer uso en el contexto italiano de la figura del autor mediato, poniendo de relieve su inutilidad, a la luz del sistema normativo vigente. Cfr. PADOVANI (1973), p. 52 ss., (2012), p. 308; MANTOVANI (2015), p. 510 ss.; PAGLIARO (2003), p. 566 ss.

<sup>43</sup> Si pensamos en el “consentimiento tácito”, esquema teórico utilizado en la jurisprudencia, en el ámbito del delito de asociación, para atribuir a los dirigentes la responsabilidad por los hechos programáticamente incluidos en el plan de ejecución de la actividad criminal que es objeto de la organización. Respecto de la primera toma de posición (a partir de la histórica decisión sobre el macroproceso de Palermo; Cass, 30 enero 1992, no. 80, en *Foro it.*, 1993, II, p. 15 ss), la jurisprudencia de los últimos años, para respetar el principio de personalidad de la responsabilidad penal exige decididamente una “imposibilidad sustancial de concebir... que el suceso considerado se produjese en ausencia de la participación del dirigente” (así Cass., 27 febrero 2015, n. 8929, en [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) (p. 25); Cass., 15 noviembre 2007, n. 3194). Considerando que en los casos de tráfico de migrantes la naturaleza asociativa del grupo es, por lo general, consustancial (y en concreto lo era en el caso decidido por la Cassazione que ha hecho referencia a la autoría mediata: *supra*, nt. 40), la diversa vía para fundar la responsabilidad podría derivar de la insuficiencia de una calificación en términos de mero consentimiento de los traficantes a la intervención de socorro de terceros, en cuanto estos últimos serían, por el contrario, un verdadero instrumento para realizar su objetivo, y en consecuencia el hecho de los traficantes estaría sostenido por un dolo intencional.

<sup>44</sup> En sentido análogo, FAZIO (2018) p. 12.

<sup>45</sup> Para la distinción general, cfr. por ej. PAGLIARO (2003), p. 503 ss. Sobre la cuestión específica, MANACORDA (2018), p. 8 (que, sin embargo, critica la identificación entre agotamiento-consumación, pero no señala la diversa noción de perfección); también la amplia contribución de S. ORLANDO (2018) p. 79 ss.

<sup>46</sup> Para esta terminología cfr. GRECO (2018), p. 1 s.

<sup>47</sup> Cfr. por ej. LA SPINA (2011), p. 202 ss.

<sup>48</sup> Especialmente, para el caso *Cap Anamur*, cfr. Trib. Agrigento, 7 octubre 2009, n. 954.

<sup>49</sup> Así, según el último informe anual de la Guardia costera italiana, en los años 2016 y 2017 las personas salvadas por barcos de ONG han sido, respectivamente, 46.796 de un total de 178.415 y 46.601 de un total de 114.286, con una notable distancia de aquellas realizadas por la Guardia costera italiana (35.875 y 28.814) (Comando generale Capitanerie di Porto Attività SAR nel Mediterraneo centrale 2017, p. 22: [http://www.guardiacostiera.gov.it/attivita/Documents/attivita-sar-immigrazione-2017/Rapporto\\_annuale\\_2017\\_ITA.pdf](http://www.guardiacostiera.gov.it/attivita/Documents/attivita-sar-immigrazione-2017/Rapporto_annuale_2017_ITA.pdf)). El dato relativo a julio de 2018 se encuentra en la actualización mensual de misma fuente (<http://www.guardiacostiera.gov.it/attivita/Documents/attivita-sar-immigrazione-2018/Lug.%20ITA.pdf> ambos cons. 10 septiembre 2018).



Ciertamente, ha influido en este radical cambio la actitud del nuevo Gobierno italiano, desde el clamor suscitado por el bloqueo de los puertos italianos al barco de una ONG extranjera, el *Aquarius*, que encontró refugio en el puerto español de Valencia. Pero también se identifica un cambio en la opinión pública sobre la intervención humanitaria de socorro en el mar, cambio expresado en alguna posición oficial de los ministerios públicos involucrados en la materia, al señalar que la intervención de los barcos de las ONG, entre otras cosas, es un obstáculo para la lucha contra los traficantes<sup>50</sup>.

Frente a esto, es bueno recordar la obligación de todo Estado de disponer de un servicio de búsqueda y rescate para garantizar la seguridad marítima y aérea cuyo propósito es, precisamente, la rápida intervención en situaciones de peligro para las personas en el mar, acudiendo a recursos tanto públicos como privados<sup>51</sup>. Ante la tragedia humanitaria que se ha producido, durante los últimos años, en el Mediterráneo, con miles de migrantes muertos en el intento de llegar a costas italianas, la actividad de los barcos de las ONG, especialmente después de 2014 con la finalización de la operación *Mare Nostrum*, ha sido incluida en el sistema SAR italiano gestionado por el centro de coordinación de Roma, lo que ha supuesto una importante contribución para convertirlo en un sistema adecuado y efectivo, tal y como exige la obligación internacional mencionada. En consecuencia, debe señalarse que la retirada de la contribución privada - como se observa en la reciente evolución del tema - plantea un problema general referente a la idoneidad del sistema público residual para garantizar al mismo nivel el compromiso internacional.

Si atendemos a la calificación penal de la conducta individual de los responsables de los barcos de las ONG, la consideración de las fuentes internacionales revela que el comportamiento consistente en rescatar en alta mar las barcas de los migrantes en peligro no puede ser encuadrado como rescate de necesidad determinado por la amenaza de otro, según el art. 54, párrafo 3, c.p., como ha hecho la jurisprudencia mencionada *supra*, que los había considerado autores mediatos del favorecimiento de la inmigración irregular<sup>52</sup>. De hecho, a la luz de la obligación fundamental del comandante de un barco de salvar la vida de quienes se encuentran en situación de peligro, con el conexo deber de trasladarlos a “puerto seguro”<sup>53</sup>, para las intervenciones de rescate mencionadas anteriormente podría pensarse en una justificación fundamentada en el cumplimiento de un deber impuesto por una disposición legal *ex art.* 51, párrafo 1, c.p.: una solución prevista en la sentencia del primer asunto mencionado (*Cap Anamur*) 54, aunque esta vía fue abandonada por la más reciente jurisprudencia de la *Cassazione*, que, para afirmar la jurisdicción italiana en la lucha contra los traficantes, ha recurrido al rescate de necesidad para poder utilizar el esquema teórico de la autoría media, del que ya se han señalado los límites.

En todo caso, la existencia de un entramado normativo que impone al comandante del barco intervenir en estos casos permitiría excluir por sí misma los requisitos constitutivos positivos de la conducta ilícita de favorecimiento de la inmigración irregular, al referirse el art. 12 TUIMM a que la entrada del extranjero se efectúe *contra ius*<sup>55</sup>: no solo en relación con el extenso texto único, cuya violación es requerida al inicio de la descripción de la conducta

<sup>50</sup> Cfr. las varias intervenciones del Procuratore della Repubblica di Catania, *Carmelo Zuccaro*, en los órganos parlamentarios en el curso de la pasada legislatura: en un primer momento en el de control sobre la actuación del Acuerdo Schengen, de vigilancia sobre la actividad de Europol, de control y vigilancia en materia de inmigración (sesión de 22 marzo 2017 – Camera dei Deputati XVII leg.), ante la Comisión de Defensa del Senado (sesión de 3 mayo 2017 – Senato della Repubblica XVII leg.), la Comisión parlamentaria de Investigación sobre el sistema de acogida, identificación y expulsión, así como las condiciones de detención de los inmigrantes y sobre los recursos públicos utilizados (sesión de 9 mayo 2017 – XVII leg.) y en la Comisión parlamentaria de investigación sobre el fenómeno de la mafia y sobre otras asociaciones criminales, también extranjeras (sesión de 9 mayo 2017 – XVII leg.).

<sup>51</sup> Las fuentes internacionales son el art. 98, § 2, de la Convención sobre el Derecho del mar (*United Nations Convention on the Law of the Sea – UNCLOS*, de 10 diciembre 1982, en vigor desde el 16 de noviembre de 1994), integrado y especificado también en el cap. I.3 de la Convención para la seguridad de la vida en el mar (*International Convention for the Safety of Life at Sea – SOLAS*, del 10 de noviembre de 1974, en vigor desde el 25 de mayo de 1980) y por el cap. 5.2 de la Convención sobre búsqueda y salvamento marítimo (*International Convention on Maritime Search and Rescue – SAR*, de 27 de abril 1979, en vigor desde el 22 de junio de 1985). En este sentido, recientemente y en relación con la temática que nos ocupa, cfr. PAPANICOLOPULU (2017), p. 14 ss.

<sup>52</sup> A las reservas ya expresadas en general sobre el esquema teórico de la “autoría mediata” se añade que, en todo caso, la referencia a esta figura debería haber servido, si acaso, para calificar la conducta de los traficantes que desde fuera prevén la intervención de los rescatadores, y no la conducta de estos últimos, como ha hecho la sentencia citada en nota 40, sentencia que ha terminado por identificar el concepto de amenaza por parte de los traficantes con el peligro de los migrantes socorridos.

<sup>53</sup> Obligación fundada en varias fuentes internacionales, tanto convencionales como consuetudinarias: art. 98 UNCLOS y cap. 5, Reg. 33.1. SOLAS. Cfr. Trib. Agrigento, Sez. I, 7 octubre 2009, n. 954; y en la doctrina M.T. TRAPASSO (2017), p. 591.

<sup>54</sup> Para una más amplia reseña de estas fuentes I. PAPANICOLOPULU (2017) p. 7 ss., 11 ss.

<sup>55</sup> En este sentido, S. BERNARDI (2018), p. 136.

típica, sino en términos más amplios - gracias a la general fórmula de cierre, que se refiere a “ otros actos dirigidos a procurar ilegalmente la entrada”-, que debe entenderse referida a cualquier otra norma, al menos con el mismo rango en el sistema de fuentes<sup>56</sup>, que legitima comportamientos como los mencionados, al imponer el rescate en el mar. El principal inconveniente de esta solución sería que la obligación de rescate derivaría, en todo caso, en una ausencia de conducta ilícita por falta del requisito esencial de ilicitud especial antes recordada; esto es difícilmente compatible con el reconocimiento de la responsabilidad, de acuerdo con el art. 12 TUIMM, cuando se produce una intervención de rescate por parte de los buques de las ONG y existe un acuerdo con los traficantes, por ejemplo, mediante contactos previos para el encuentro de los buques para efectuar el trasbordo<sup>57</sup>.

Análogamente, una excesiva rigidez al considerar siempre eximidas este tipo de conductas de salvamento presenta el inconveniente, ya señalado, de recurrir al cumplimiento de un deber impuesto por la norma jurídica: el art. 51 c.p.it. se refiere en términos generales a una norma prevalente sin establecer límites a su alcance eximente; en consecuencia, su operatividad se extiende a aquellos casos en los que la intervención ha cumplido la obligación internacional de rescate, pero después de haber contribuido a concretar la situación de peligro objeto de la sucesiva intervención de socorro.

En estos casos, no queda más que, considerar integrada la conducta prevista en el art. 12 TUIMM, pero excluyendo la ilicitud, en el sentido y con los límites del rescate de necesidad de los migrantes, reconducible al art. 54, párrafo 1 c.p.it (y no en el párrafo 3 de acuerdo con la jurisprudencia mencionada anteriormente). El estado de necesidad, cuando se realiza a favor de terceros, desaparece cuando se verifica que el peligro ha sido voluntariamente causado por el sujeto que intenta aprovecharlo, que es precisamente lo que ocurre en los casos en que se produce la entrega de un “cargamento” de migrantes como consecuencia de los previos contactos directos entre traficantes y rescatadores. Sin que pueda excluirse que este tipo de situaciones se produzcan en realidad, la importante labor humanitaria realizada por las ONG durante los últimos años en el Mediterráneo no merece una indebida generalización, cuya consecuencia sería una importante disminución de recursos en el sistema de SAR en la zona confiada a Italia.

## 7.

### Breves consideraciones finales de política criminal.

Aunque el número de inmigrantes irregulares desembarcados en Italia ha disminuido drásticamente en el último año, la representación colectiva del fenómeno continúa evocando una situación de emergencia migratoria que ha llevado al Gobierno a adoptar medidas de gran impacto en la opinión pública.

La decisión de cerrar los puertos italianos a los barcos de las ONG que salvan la vida de los extranjeros en el sur del Mediterráneo tiene un valor más simbólico que real, ya que en la mayoría de las situaciones Italia no puede negarse a proporcionar la primera asistencia. De hecho, durante los mismos días en los que el barco *Aquarius* fue rechazado por Italia para acabar encontrando refugio en España, más de mil migrantes fueron rescatados por barcos italianos y trasladados a puertos italianos.

El significado político último de esta sorprendente negativa – sin entrar a considerar los enfrentamientos internos que se produjeron como consecuencia de la falta de consideración de la disponibilidad de los representantes locales para acoger el barco y la inadmisión instrumentalización de las personas embarcadas para obtener un resultado general – fue exponer a Europa y sus Estados miembros la existencia de un punto débil; a saber, la falta de redistribu-

<sup>56</sup> La precisión sirve no solo para circunscribir el alcance del conflicto entre la norma en el caso aquí considerado del salvamento en el mar por parte de los capitanes de los barcos de las ONG, sino también para delimitar la cuestión de la legitimidad de los comportamientos de devolución en el mar por parte de las fuerzas del orden, que están disciplinados por un reglamento ministerial de 2003, solo en términos generales hoy sustentados por la ley n. 146/2006 *di ratifica della Convenzione di Palermo sul crimine organizzato transnazionale e dei suoi Protocolli*: sobre la cuestión, PALAZZO (2011), p. 1655 ss.; por último, F. CONSULICH (2018), p. 335 ss.

<sup>57</sup> Tal conclusión es compartida por S. BERNARDI (2018), p. 140, que en presencia de un previo acuerdo entre traficantes y responsables de la ONG considera a estos últimos directamente autores del hecho con arreglo al art. 12, pero sobre el presupuesto de la imposibilidad de reconocer en tales casos un concurso de personas. Si no, de acuerdo con esta reconstrucción faltaría el elemento de descubrimiento de la situación de peligro en el mar del que deriva la obligación de intervención. En realidad, prescinde del descubrimiento directo e independiente de los contactos con otros de la situación de peligro, aunque también se basa en la recepción de la noticia “de cualquier fuente”: así, sobre la base cap. 5, Reg. 33.1, SOLAS, PAPANICOLOPULU (2017), p. 10 ss.).

ción de los inmigrantes llegados a Italia pero destinados a otros países europeos y la infracción de los principios establecidos en el Tratado de Dublín sobre la competencia para tramitar solicitudes de asilo.

Para resolver este tipo de problemas debe construirse una Europa mucho más unida en las decisiones comunes, lo que solo una verdadera federación política puede garantizar: es decir, exactamente lo contrario de las intenciones de los que hoy en día, tanto en Roma como en Budapest, en Viena como en Mónaco buscan al hacer valer la soberanía territorial de los respectivos estados para recuperar la intangibilidad de sus fronteras.

En Italia no se vislumbra, por el momento, una parábola descendente en el uso del derecho penal: a la luz de los primeros pasos dados por el nuevo Gobierno con la declarada voluntad de actuar en todo el ámbito migratorio, sí puede al menos y finalmente indicarse un riesgo, resumido en los siguientes términos. Hacer de la inmigración el terreno en que lograr el consenso político conlleva el riesgo de reducir el derecho penal a un mero recurso para la distracción, acabando por convertir el principio de *ultima ratio* en una gran ilusión: contener fenómenos transcendentales a través de la amenaza de pena deviene imposible, al ser incapaz de motivar a personas dispuestas a arriesgar su vida para mejorar sus destinos.

---

## Bibliografía

BARNER-GAEDICKE, Elisabeth (2017): *FRONTEX-obne Kontrolle zur Europäische Grenzschutztruppe?* (Hamburg, Dr. Kovač)

BERNARDI, SILVIA (2018), "I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare", *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n.1, pp. 134-144

BREITENMOISER, Stephan (2017): "Migrationssteuerung im Mehrebenensystem", in JES-TAEDT, M (ed.) *Grenzüberschreitungen* (Berlin, de Gruyter), pp. 9-42

COLLICA, Maria Teresa (2012), *Profili di diritto penale dell'immigrazione* (Messina, SGB edizioni)

CONSULICH, Federico (2018), *Lo statuto penale delle scriminanti*. Principio di legalità e cause di giustificazione necessità e limiti (Torino, Giappichelli)

CORDÌ, Lorenzo (2011), *L'espulsione dello straniero. Diritto penale sostanziale e processuale* (Milano, Giuffrè)

DAL LAGO, Alessandro (2004), *Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale* (Milano, Feltrinelli)

DONINI, Massimo (2008), "Sicurezza e diritto penale", *Cassazione penale*, p. 3558-3572

DONINI, Massimo (2009), "Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione", *Questione giustiziana*, pp. 101-133

FAZIO, Marco (2018), "Giurisdizione e soccorsi in acque internazionali: una resistibile reminiscenza dell'autore mediato", in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), pp. 1-15

GATTA, Gian Luigi (2009), "Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestata", p.713-749

GATTA, Gian Luigi (2015), "La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo", in MILITELLO, Vincenzo, e SPENA, Alessandro (eds.), *Il traffico di migranti*. Diritti, tutela, criminalizzazione (Torino, Giappichelli), pp. 187-194



GILIBERTO, Andrea (2014), “Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali” (nota a Cass., I, 28 febbraio 2014, n. 14510), *www.penalecontemporaneo.it*.

GRECO, ROBERTA (2018), “Sul “delitto di solidarietà” e i limiti del diritto di asilo”, *www.federalismi.it – Focus human rights*, n.1, pp. 1-29

HOFMANN, Robin (2017): *Flucht, Migration und die neue europäische Sicherheitsarchitektur* (Wiesbaden, Springer VS)

JANDA, CONSTANCE (2017), “Migrationssteuerung durch Recht?”, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, pp. 248-263

KLUTH, Winfried (2011): “Migrationsgerechtigkeit“, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, pp. 329-335

LA SPINA, Maria Paola (2011), “Obbligo di soccorso o favoreggiamento di immigrazione clandestina?”, *Giureta*, pp. 509-513.

LEANZA, Umberto, GRAZIANI, Francesca (2014), “Poteri di enforcement e di jurisdiction in materia di traffico di migranti via mare: aspetti operativi nell’attività di contrasto”, *La Comunità Internazionale*, pp. 163-209

LICASTRO, Giuseppe (2018), “Brevi spunti (sulla base della documentazione disponibile) sull’azione di contrasto della Direzione Nazionale Antimafia ed Antiterrorismo al modus operandi dei trafficanti di migranti”, *www.laegislazionepenale.eu*, pp.1-8

MANACORDA, Stefano (2018) “Tratta e traffico di migranti: il nodo della giurisdizione tra territorialità ed extraterritorialità”, in print in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*.

MANES, Vittorio (2012), “I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, p.99-110

MANTOVANI, Ferrando (2015) *Diritto penale. Parte generale* (Padova, Wolters Kluver Cedam)

MILITELLO, Vincenzo (2012), “Il dialogo fra le dogmatiche penali italiana e tedesca alla luce del contributo di Manfred Maiwald”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 348-362

MILITELLO, Vincenzo (2013), “Sicurezza e diritto penale: nuovi sviluppi in Italia”, in *Gedächtnisschrift zu Ehren von Prof. Dr. C. Dedes* (Athen, Ant. Sakkoulas), pp.127-143

MILITELLO, Vincenzo (2014), “L’identità della scienza giuridica penale nell’ordinamento multilivello”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp.106-132

MILITELLO, Vincenzo (2018), “La mobilità delle persone nel Mediterraneo: migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia”, in MILITELLO, Vincenzo, e SPENA, Alessandro (eds.), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche* (Torino, Giappichelli), pp. 31-60

ORLANDO, Salvatore (2018), “Mobilità dei reati nello spazio transfrontaliero e nuovi confini delle norme penali: verso una giurisdizione “a geometria variabile”?”, in MILITELLO, Vincenzo, e SPENA, Alessandro (eds.), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche* (Torino, Giappichelli), pp. 79-107

PADOVANI, Tullio (1973), *Le ipotesi speciali di concorso di persone nel reato* (Milano, Giuffrè)

PADOVANI, Tullio (2012), *Diritto penale* (Milano, Giuffrè)

- PAGLIARO, ANTONIO (2003), *Principi di diritto penale*. Parte generale (Milano, Giuffrè)
- PALAZZO, Francesco (2011), *Scriminanti e immigrazione clandestina (a proposito dei c.d. “respingimenti in alto mare”)*, in *Studi in onore di M. Romano*, vol. III (Napoli, Jovene), pp. 1655-1671
- PAPANICOLOPULU, IRINI (2017), *Immigrazione irregolare via mare, Tutela della vita umana e organizzazioni non governative, Diritti immigrazione e cittadinanza*, n. 3, pp. 1-29
- PELISSERO, Marco (2015), “Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima”, in MILITELLO, Vincenzo, e SPENA, Alessandro (eds.), *Il traffico di migranti. Diritti, tutela, criminalizzazione* (Torino, Giappichelli), pp. 105-118
- REINBACHER, Tobias (2014), *Strafrecht im Mehrebenensystem. Modelle der Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen* (Baden Baden, Nomos)
- SALT, John, STEIN, Jeremy (1997), “Migration as a Business: the case of Trafficking”, *International migration*, 1997, pp. 467-494
- SIRACUSA, Licia (2015), “L’espulsione del migrante tra efficientismo e polimorfismo giuridico”, in MILITELLO, Vincenzo, e SPENA, Alessandro (eds.), *Il traffico di migranti. Diritti, tutela, criminalizzazione* (Torino, Giappichelli), p.253-272
- SPENA, Alessandro (2018), “Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy”, in print in MILITELLO, Vincenzo, e SPENA, Alessandro, *Between Criminalization and Protection. The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context*, (Leiden, Brill), pp. 9-67
- TRAPASSO, Maria Teresa (2017), “Il richiamo giurisprudenziale all’“autoria mediata” in materia di favoreggiamento all’immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità”, *Archivio penale*, p. 583-602
- VAN LIEMPT, Ilse, e DOOMERNIK, Joeren (2006), “Migrant’s Agency in the Smuggling Process: The perspective of the smuggled migrants in the Netherlands”, *International Migration*, n. 4, 165 - 190



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A   T R I M E S T R A L E

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>