

LE POLITICHE PENALI DELL'IMMIGRAZIONE IN SPAGNA. SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE COMPARATA¹

di Ivan Salvadori

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (art. 318-bis CP sp.). – 2.1. Sulla mancata previsione di una «scriminante umanitaria». – 2.2. Il quadro sanzionatorio e le circostanze aggravanti. – 2.3. Il bene giuridico tutelato. – 3. Brevi cenni sugli illeciti amministrativi in materia di immigrazione irregolare. – 4. La tratta di persone a fini di sfruttamento sessuale prima della riforma del 2010 (art. 188, comma 2, CP sp.). – 5. Il nuovo reato di tratta di persone (art. 177-bis CP sp.). – 5.1. Circostanze aggravanti e responsabilità penale delle persone giuridiche per il reato di tratta di persone. – 6. L'espulsione giudiziaria dei cittadini extracomunitari irregolari. – 7. L'espulsione amministrativa quale sanzione sostitutiva della multa. – 7.1. L'espulsione amministrativa quale sanzione sostitutiva del processo penale. – 8. Il divieto di reingresso nel territorio spagnolo a seguito dell'espulsione giudiziaria. – 9. Il divieto di reingresso nel territorio spagnolo a seguito dell'espulsione amministrativa. – 10. Il trattenimento nei centri di «internamento» per stranieri. – 11. Considerazioni finali.

1. Introduzione

La Spagna e l'Italia sono stati tradizionalmente Paesi di forte emigrazione². Negli ultimi decenni invece sono diventati per molti migranti provenienti dal Sud del mondo una delle principali mete per la ricerca di condizioni di vita migliori per la loro vicinanza alle coste africane e per la loro configurazione geografica, che rende particolarmente difficile un controllo capillare delle frontiere. Sebbene la crisi economica che ha da ultimo investito il vecchio continente abbia in parte ridotto i flussi migratori verso l'Italia e la Spagna, non vi è dubbio che questi Paesi continuano a rimanere la principale porta d'ingresso per l'Europa³.

Nel disciplinare il complesso fenomeno dell'immigrazione il nostro legislatore non ha esitato, per appagare il bisogno di sicurezza dell'opinione pubblica e per tornaconto elettorale⁴, a mostrare il pugno di ferro, ostacolando l'ingresso ed il

¹ Il presente lavoro è destinato agli Atti del III Convegno di studi della Sezione Giovani Penalisti del Gruppo Italiano dell'A.I.D.P., svoltosi a Prato l'11 novembre 2011, sul tema: "Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare".

² V., rispetto alla realtà italiana, il rapporto OIM, *Le migrazioni in Italia. Scenario attuale e prospettive*, Roma, dicembre 2011, 3 s.

³ V. il recente rapporto curato da UNODC, [Smuggling of migrants into, through and from North Africa](#), 2010, p. 20.

⁴ Cfr. A. CAPUTO, *L'emergenza sicurezza. Appunti su securitismo e politiche del diritto*, in *Quest. giust.*, 2007, n. 6, 1116. Sul rischio che il ricorso allo strumento penale per garantire i bisogni di sicurezza dei cittadini trasformi lo Stato di diritto in uno Stato di prevenzione v. M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*,

soggiorno degli stranieri non comunitari nel territorio dello Stato con un ampio ricorso anche allo strumento penale⁵.

La politica criminale italiana in tema di immigrazione si caratterizza per il ricorso a tecniche di tutela che, lungi dall'aver come obiettivo quello di accogliere, integrare e proteggere i migranti, facili vittime dell'industria del sesso o dello sfruttamento del lavoro, rispondono ad una logica di neutralizzazione, esclusione ed indebolimento degli stranieri in situazione di irregolarità⁶. Tali politiche criminali, ispirate alla logica della «zero tolerance», hanno progressivamente trasformato il diritto penale italiano dell'immigrazione in un esempio paradigmatico di diritto penale del nemico o diritto penale d'autore⁷. Nello statuto penale dell'immigrato, egli non è mai considerato vittima, sempre oggetto materiale oppure autore⁸. Paradigmatiche in tal senso sono la fattispecie di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, introdotta all'art. 10-bis d.lgs. 286/1998 (in seguito t.u.), dalla l. 15 luglio 2009, n. 94⁹, o, in modo ancor più evidente, la circostanza aggravante della clandestinità, di cui all'art. 61 n. 11-bis c.p. (introdotta dal d.l. 92/2008, conv. dalla l. 125/2008), sulla cui illegittimità costituzionale si è abbattuta la scure della Corte Costituzionale¹⁰.

2008, 3558 s. Sui rapporti tra diritto penale e sicurezza v. anche D. PULITANÒ, *Diritto penale e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 547 s.

⁵ V. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, n.1, 101 s.; P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in P. PISA (a cura di), *Dossier, Speciale Immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 5; R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare. Esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2012, fasc. 4, 1473-1476.

⁶ In dottrina v., tra tutti, le puntuali osservazioni di A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, 351 s., 356 s.; M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2007, n.4, 695-696; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Quest. giust.*, 2011, n. 2, 20 s.; più di recente F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2012, fasc. 4, 1334 s., in specie 1352-1355.

⁷ Cfr. A. CAPUTO, *Introduzione. Verso un diritto penale del nemico?*, in *Quest. giust.*, 2006, n. 4, 638 s.; ID, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., 356-358; ID., *Diseguali, illegali, criminali*, in *Quest. giust.*, 2009, n.1, 84 s.; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., 101 ss.; C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Diritt. imm. citt.*, 2009, n. 4, 56; M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello stato di prevenzione*, in *Polit. crim.*, 2011, n. 2, 251-253.

⁸ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., 105.

⁹ Per un primo commento della fattispecie in oggetto v. L. MASERA, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. III, III ed., 2011, art. 10-bis t.u., 7632 s.

¹⁰ Cort. Cost., 8 luglio 2010, n. 249, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1172 s., con nota di L. DEGL'INNOCENTI, S. TOVANI, *La Corte costituzionale dichiara illegittima la c.d. aggravante di clandestinità*; L. MASERA, *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2010, fasc. 3, 1373; M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2010, n. 4, 147 s. In argomento v. anche M. GAMBARDILLA, *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della "clandestinità": abolizione o annullamento?*, in *Cass. pen.*, 2011, fasc. 4, 1349 s.

Diverse sono state le politiche criminali dell'immigrazione adottate in Spagna negli ultimi dieci anni¹¹. Se è pur vero che nell'ordinamento spagnolo non mancano misure, come quelle dell'espulsione giudiziaria o amministrativa, che rispondono ad una logica della neutralizzazione ed esclusione degli immigrati irregolari e che lo straniero viene per lo più considerato quale oggetto materiale e, soltanto in pochi casi, soggetto passivo delle norme in materia, non vi è stata nella legislazione penale spagnola una proliferazione incontrollata di figure di reato che vedano l'immigrato quale autore. Risulta pertanto di particolare interesse, per l'osservatore italiano, analizzare in prospettiva comparata i tratti peculiari dello statuto penale dell'immigrato irregolare in Spagna nonché la normativa sulla tratta di esseri umani, dal momento che il passaggio degli immigrati irregolari da "clienti" dei trafficanti di persone («*Smuggling of Migrants*») a vittime del «*Trafficking in Persons*» è molto stretto¹².

Due sono gli obiettivi del presente lavoro. Da un lato si tratterà di valutare se le più recenti politiche migratorie spagnole siano in linea con le raccomandazioni di fonte sovranazionale. Dall'altro si evidenzieranno le diverse tecniche di tutela adottate in materia dal legislatore italiano e spagnolo. A tal fine ci si soffermerà dapprima sul fatto tipico del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (parr. 2 e 2.1), sui profili sanzionatori e le circostanze aggravanti (par. 2.2) e sulla controversa questione del bene giuridico tutelato dalla norma (par. 2.3). Dopo alcuni brevi cenni sugli illeciti amministrativi in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (par. 3), si passerà ad analizzare l'originaria fattispecie di tratta di persone a scopo di sfruttamento sessuale (par. 4). Si valuterà quindi se con la nuova fattispecie di tratta, introdotta nel codice penale con la novella del 2010, il legislatore spagnolo abbia dato attuazione agli obblighi sovranazionali (par. 5).

Nella seconda parte del presente lavoro si richiameranno nello specifico le norme che rispondono ad una logica di neutralizzazione ed esclusione dell'immigrato irregolare dal contesto sociale. Ci si soffermerà in particolare sulle misure in tema di

¹¹ Per un quadro critico sulle politiche criminali dell'immigrazione in Spagna v., *ex multis*, P. LAURENZO COPELLO, *El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos*, in M. CANCIO MELÍA-L. POZUELO PEREZ (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Navarra, 2008, 223 ss.; M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *¿ Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular ?*, in *RECPC*, 2008, n. 10-06, 1 s.; F. MIRÓ LLINARES, *Política comunitaria de inmigración y política criminal en España*, in *RECPC*, 2008, n. 10-05, 1 ss.; M. J. GUARDIOLA LAGO, *La traite des êtres humains et l'immigration clandestine en Espagne: réfléchissent-elles les prévisions des Nations Unies et de l'Union Européenne?*, in *Rev. int. droit pén.*, 2008, ¾ trim., 405 ss., 428 s.

¹² Sulla stretta relazione esistente tra il favoreggiamento dell'immigrazione illegale («*Smuggling of Migrants*») e la tratta di esseri umani («*Trafficking in Persons*») v. L. PICOTTI, *La lutte contre le trafic de personnes dans un monde globalisé*, in *Revue électronique de l'Association Internationale de Droit Pénal*, 2008, C-05, 1 s., 8, disponibile al sito www.penal.org; ID., *La politica penale contro la discriminazione razziale in Italia fra diritti fondamentali e contraddizioni nella società globalizzata*, in D. GOTTARDI-L. CALAFÀ (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, 2009, 346-348. Nella letteratura straniera v. A. ARONOWITZ, *Smuggling and Trafficking in Human Beings: the Phenomenon, the Markets that drive it and the Organizations that promote it*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2001, vol. 9, n. 2, 167; S. WEBB, J. BURROWS, *Organised Immigration Crime: A Post-Conviction Study, Research Report*, n. 15 (London, Home Office, 2009); UNODOC, *Smuggling of migrants*, New York, 2011, 7.

espulsione giudiziaria ed amministrativa dell'immigrato irregolare (parr. 6 e 7), sulle disposizioni che prevedono il divieto di reingresso nel territorio spagnolo (parr. 8 e 9) ed il trattenimento nei centri di «internamento» per stranieri (par. 10). In conclusione si formuleranno, in prospettiva comparata, alcune brevi considerazioni finali sulle scelte politico-criminali del legislatore spagnolo in tema di immigrazione (par. 11).

2. Il reato di favoreggiamento dell'immigrazione illegale

Il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare fu introdotto nel codice penale spagnolo del 1995 (in seguito CP sp.) con la legge organica 11 gennaio 2000, n. 4, sui diritti, le libertà e l'integrazione sociale degli stranieri in Spagna (in seguito LO 4/2000)¹³.

Nella sua originaria formulazione, l'art. 318-*bis*, comma 1, CP sp., collocato tra i reati contro i cittadini stranieri («*delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*») nel titolo XV-*bis* del libro II del codice penale, puniva, con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni e la multa da sei a dodici mesi, il favoreggiamento, la promozione o l'agevolazione del traffico illegale di persone da, in transito o con destino in Spagna¹⁴.

La norma è stata successivamente riformulata dalla legge organica 20 novembre 2003, n. 14¹⁵, che ne ha notevolmente ampliato l'ambito di applicazione. Il legislatore spagnolo non solo non ha selezionato tra le condotte di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare meritevoli di sanzione penale quelle commesse allo scopo di trarne profitto, come richiesto dalla direttiva 2002/90/CE e dalla Decisione quadro 2002/629/UE, ma ha ricompreso nel fatto tipico anche le ipotesi di mero favoreggiamento *indiretto* dell'«*immigrazione clandestina*»¹⁶.

La vigente fattispecie base di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 318-*bis*, comma 1, CP sp. punisce, con la pena della reclusione da quattro a otto anni, chiunque «*directamente o indirectamente promueva, favorisca o facilite el tráfico*

¹³ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹⁴ Art. 318-*bis* Código penal: « los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses ».

¹⁵ Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹⁶ Critica nei confronti di questa estensione della fattispecie P. LAURENZO COPELLO, *Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión*, in *Jueces para la democracia*, 2004, n. 50, 32; M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *¿ Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular ?*, cit., 15. Sull'evoluzione della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione « clandestina » v. M. MARAVER GÓMEZ, *Tráfico ilegal de personas e inmigración ilegal (Art.318 bis CP95)*, in J. DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio Gonzalez-Cuellar Garcia*, Madrid, 2007, 614 s.

illegale o l'immigrazione clandestina di persone da, in transito o con destino in Spagna od altro Stato membro dell'Unione Europea»¹⁷.

Si tratta di un reato comune, che può essere commesso non solo da un cittadino spagnolo o di un altro Stato membro dell'Unione europea, ma anche da uno straniero. Ai sensi dell'art. 1 della menzionata legge organica 4/2000 si considerano “stranieri” («*extranjeros*») i cittadini non comunitari privi della nazionalità spagnola.

Il cittadino extracomunitario non può essere considerato in senso stretto la vittima, *rectius* il soggetto passivo della fattispecie base di cui all'art. 318-bis, comma 1, CP sp. Il migrante non viene infatti contemplato come titolare del bene giuridico tutelato dalla norma, bensì come *oggetto materiale* di condotte altrui di favoreggiamento, che ledono piuttosto l'interesse dello Stato alla gestione ed al controllo dei flussi migratori (*infra* par. 2.3)¹⁸. L'immigrato irregolare sarebbe pertanto soggetto passivo soltanto nell'ipotesi aggravata di cui al co. 2, dell'art. 318-bis CP sp., laddove si punisce, con la pena della reclusione da sei a otto anni («*pena en su mitad superior*»), il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare commesso mediante violenza, minaccia, inganno, o con abuso di superiorità o della speciale vulnerabilità della vittima, o nel caso in cui venga posta in pericolo la vita, la salute o l'integrità fisica della vittima¹⁹.

In linea con quanto previsto dall'art. 6 del Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria²⁰, la norma non punisce lo straniero extracomunitario che è stato oggetto della condotta di favoreggiamento. Lo stesso dicasi rispetto allo straniero che si è procurato autonomamente l'ingresso illegale nel territorio spagnolo.

Infatti, con una scelta condivisibile, il legislatore spagnolo (a differenza di quanto previsto dal nostro ordinamento all'art. 10-bis t.u.)²¹, non ha sanzionato

¹⁷ Art. 318-bis Código Penal: «*el que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión*».

¹⁸ Considera l'immigrato quale oggetto materiale dell'analogia fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso e delle permanenze illegali di cui all'art. 12 t.u. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., 106.

¹⁹ Art. 318-bis, par. 2, Código Penal: «*los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior*».

²⁰ Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, New York, 15 novembre 2000. Sulla Convenzione del 2000 contro la criminalità organizzata transnazionale promossa dalle Nazioni Unite v. L. PICOTTI, *La criminalità internazionale: forme di manifestazione ed ambiti di contrasto*, in AA.Vv., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, 2005, 124 s.

²¹ Fortemente critico nei confronti dell'incriminazione dell'ingresso e del soggiorno irregolare nel territorio dello Stato di cui all'art. 10-bis, inserito nel d.lgs. 286/1998 con l.l. 15 luglio 2009, n. 94, espressione del diritto penale d'autore, M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine*, cit., 251-253; L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Quest. giust.*, 2009, 14. Considera

penalmente il mero ingresso irregolare nel territorio dello Stato. Tale condotta non costituisce neppure un illecito amministrativo.

Il reato di favoreggiamento di cui all'art. 318-*bis* CP sp., che si caratterizza quale norma a più fattispecie, punisce condotte specifiche, tra loro alternative, consistenti nell'agevolazione diretta o indiretta dell'immigrazione illegale.

Il fatto di *promuovere*, direttamente o indirettamente, il traffico illegale o l'immigrazione clandestina abbraccia qualsiasi atto diretto ad iniziare od incitare il flusso migratorio illegale verso il territorio dello Stato.

Il *favorire* consiste nell'aiutare un cittadino extracomunitario che intenda introdursi in modo irregolare in Spagna.

Il *facilitare* abbraccia i fatti volti alla rimozione degli ostacoli che impediscono l'ingresso irregolare degli stranieri nel territorio nazionale.

La descrizione del fatto tipico, che si caratterizza per la sua eccessiva ampiezza ed indeterminatazza, permette di sanzionare qualsiasi condotta che consista nell'agevolare, direttamente o indirettamente, un comportamento di per sé penalmente irrilevante come l'ingresso irregolare nel territorio spagnolo²². Nell'alveo della fattispecie può così essere ricondotto qualsiasi atto diretto a favorire l'ingresso irregolare degli stranieri extracomunitari in Spagna o dal territorio spagnolo verso un altro Stato membro dell'Unione Europea²³. L'art. 318-*bis*, co. 1, CP sp. si applicherebbe pertanto non solo ai criminali che organizzano e materialmente realizzano il traffico illegale (ad es. i cd. "scafisti"), ma anche a coloro che pongono in essere mere attività di supporto (ad es., fornitura di documenti falsi per l'ingresso nel territorio spagnolo o di informazioni per facilitare l'ingresso clandestinamente nel Paese eludendo il passaggio per i valichi di frontiera, ecc.).

Le condotte tipiche di favoreggiamento possono avere ad oggetto il «*traffico illegale*» o l'«*immigrazione clandestina*» di stranieri extracomunitari verso la Spagna o che transitano sul suo territorio o dalla Spagna verso un altro Stato membro dell'Unione Europea.

Per «*immigrazione clandestina*» deve intendersi l'ingresso fraudolento di uno straniero nel territorio nazionale in violazione della normativa amministrativa che

che la criminalizzazione dell'ingresso illegale sia una misura inefficace G. NEPPI MODONA, *La disciplina legislativa dell'immigrazione extracomunitaria*, in G. NEPPI MODONA-D. PETRINI-L. SCOMPARIN, *Giustizia penale e servizi sociali*, Bari, 2009, 124. Si tratterebbe invece di una fattispecie conforme al principio di offensività, in quanto volta a punire il fatto offensivo dell'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori, per G. L. GATTA, *Il «reato di clandestinità» e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. 11, 1334.

²² V. P. LAURENZO COPELLO, *La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros*, in *Revista de Derecho penal y criminología*, n.12, 76; M. CANCIO MELIÁ - M. MARAVER GOMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., 358; A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Granada, 2009, 75.

²³ In dottrina v. I. SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros*, in J.C. CARBONELL MATEU (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 824.

disciplina l'ingresso legale²⁴. Si pensi, ad esempio, alla condotta del migrante che si introduce nel territorio spagnolo senza passare per i valichi di frontiera o mediante l'utilizzo di documenti falsi²⁵.

Maggiori problemi solleva l'interpretazione del concetto di «*traffico illegale*» di persone²⁶. La locuzione, impiegata in modo improprio dal legislatore spagnolo nel contesto della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare («*Smuggling of Migrants*»), sembra infatti richiedere, ai fini della rilevanza penale del fatto, una reificazione o mercificazione di migranti. Muovendo da una interpretazione teleologica della norma, si è escluso in dottrina che tale locuzione debba avere necessariamente una connotazione economica²⁷. La *ratio* della norma non è, infatti, quella di punire la mercificazione della persona, come richiesto invece dalla fattispecie di tratta di cui all'art. 177-*bis* CP sp. (*infra* par. 5). Il reato di favoreggiamento è volto piuttosto ad incriminare ogni attività illegale di intermediazione, diretta o indiretta, nel trasporto di migranti da o verso la Spagna o dal suo territorio verso altri Stati.

Nell'economia della fattispecie, «traffico illegale» ed «immigrazione clandestina» hanno pertanto un identico significato e si riferiscono alle diverse forme di ingresso irregolare di migranti nel territorio nazionale²⁸.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare è punito soltanto a titolo di dolo. E' pertanto necessario che il soggetto agente sia consapevole dello *status* di irregolare del soggetto favorito. L'eventuale errore avente ad oggetto la sua condizione di «clandestino» riguarda norme extrapenali in materia di immigrazione e si converte pertanto in un errore sul fatto materiale («*error de tipo*») idoneo ad escludere il dolo²⁹.

Il reato si consuma con la mera realizzazione di una delle condotte tipiche. Del tutto irrilevante per la sua perfezione è che l'immigrato irregolare riesca effettivamente ad entrare nel territorio spagnolo³⁰. Per la sua struttura di reato a consumazione anticipata, va esclusa la configurabilità del tentativo.

²⁴ J.M. TERRADILLOS BASOCO, *Trafico ilegal de emigrantes*, in *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid, 2001, 24; P. LAURENZO COPELLO, *Ultimas reformas*, cit., 33; M. CANCIO MELIÁ-M. MARAVER GOMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., 352; M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito*, cit., 148.

²⁵ M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito*, cit., 149.

²⁶ Sul punto v. M. CANCIO MELIÁ-M. MARAVER GOMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., 353.

²⁷ M. CANCIO MELIÁ - M. MARAVER Gomez, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., 357; M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito*, cit., 148.

²⁸ M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito*, cit., 80-81; M. CANCIO MELIÁ-M. MARAVER GOMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., 353.

²⁹ In giurisprudenza v., ad. es., Audiencia Provincial de Cádiz, SAP Cádiz, 8 dicembre 2003. In dottrina cfr. A. I. PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Granada, 2004, 254.

³⁰ Nella giurisprudenza di legittimità v. STS, 11 dicembre 2009, n. 1238; STS 11, aprile 2009, n. 339.

2.1. Sulla mancata previsione di una «scriminante umanitaria»

A differenza della scelta operata dal legislatore italiano, che in linea con quanto previsto dall'art. 1, par. 2, della Direttiva 2002/90/CE, all'art. 12, co. 2, t.u., ha opportunamente escluso l'antigiuridicità delle condotte di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare che si sostanziano in «attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato», il legislatore spagnolo non ha previsto espressamente un'analogia “scriminante umanitaria”³¹.

La dottrina più attenta ha criticato la mancata previsione di questa speciale causa di giustificazione, evidenziando come nell'alveo dell'art. 318-*bis* CP sp. potrebbero essere sussunte anche condotte realizzate al solo scopo di prestare assistenza o soccorso ai migranti che cercano di entrare illegalmente in Spagna³². Si pensi, ad esempio, all'immigrato regolare che presti denaro ad un familiare per pagare la somma richiesta dai cd. “scafisti” per trasportarlo illegalmente in Spagna, o ai volontari di organizzazioni umanitarie che accolgono l'extracomunitario appena giunto sulle coste spagnole in precarie condizioni di salute.

L'art. 318-*bis*, co. 5, CP sp. lascia comunque al giudice la facoltà di attenuare la pena (limitandola alla reclusione da due a quattro anni) rispetto a quella prevista per il fatto-base di favoreggiamento, punito con la reclusione da quattro a otto anni, tenuto conto della gravità e delle circostanze del fatto, delle caratteristiche del soggetto agente, ed in specie delle finalità perseguite con la condotta di favoreggiamento³³. Spetterà pertanto al giudice apprezzare se sussistano i presupposti per attenuare l'eccessivo rigore sanzionatorio dell'art. 318-*bis*, comma 1, CP sp. a favore di chi ha posto in essere le condotte di favoreggiamento per solidarietà o per meri scopi umanitari³⁴.

2.2. Il quadro sanzionatorio e le circostanze aggravanti

La dottrina ha fortemente criticato l'abnormità del trattamento sanzionatorio in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare³⁵. I livelli edittali di pena oltre ad essere eccessivamente severi, risultano anche sproporzionati rispetto al disvalore del fatto.

³¹ Sul fondamento politico-criminale della speciale causa di giustificazione prevista dall'art. 12, co. 2, t.u. v. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale*, cit., 120-121; S. ZIRULIA, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, cit., 7719-7721; L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, II ed., Milano, 2011, 70-71.

³² M. MARTINEZ ESCAMILLA, *Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿ hasta dónde estamos dispuestos a llegar ?*, in *InDret*, 2009, n.3, 10-11.

³³ In tal senso v. M. MARTINEZ ESCAMILLA, *Inmigración*, cit., 14.

³⁴ Sull'applicazione dell'attenuante in oggetto nella giurisprudenza del Tribunale Supremo v. STS, 1 ottobre 2007, n. 768; STS, 30 giugno 2006, n. 887.

³⁵ V., ad es., M. CANCIO MELIÁ-M. MARAVER GOMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., 361; F. MIRÓ LLINARES, *Política comunitaria de inmigración*, cit., 19.

La scelta di far coincidere il massimo della pena previsto per il fatto-base (reclusione da quattro a otto anni) con quello dell'ipotesi qualificata di favoreggiamento di cui all'art. 318-*bis*, comma 2, CP sp. (reclusione da sei a otto anni)³⁶ non solo è irragionevole, ma contrasta anche con le raccomandazioni di fonte europea³⁷. Laddove l'art. 3 della Decisione quadro 2002/946/UE stabilisce che il massimo della pena prevista per il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina non possa essere inferiore a otto anni nel caso in cui il reato sia commesso da un'organizzazione criminale o quando il fatto ponga in pericolo la vita degli stessi migranti oggetto del favoreggiamento, richiede implicitamente agli Stati membri di punire in modo differenziato le ipotesi aggravate. Evidente è, infatti, il maggior disvalore degli atti di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare posti in essere mediante violenza, minaccia o inganno, con abuso di una situazione di superiorità o di speciale vulnerabilità della vittima o che pongono in pericolo la vita, la salute o l'integrità fisica delle vittime.

Il fatto di favoreggiamento è punito con la pena ancor più grave della reclusione da otto a dodici anni, qualora abbia ad oggetto minori o incapaci (art. 318-*bis*, co. 2, ultimo inciso, CP sp.). La *ratio* di questa ipotesi qualificata, che non richiede espressamente che il soggetto agente abusi delle condizioni del minore o dell'incapace, si giustifica per la speciale vulnerabilità delle vittime e per il maggior pericolo che la condotta può rappresentare per la loro dignità.

La stessa pena aggravata è prevista nel caso in cui la condotta venga posta in essere da un funzionario pubblico con abuso dei suoi poteri (art. 318-*bis*, co. 3, CP sp.) o da un membro di una organizzazione o associazione criminosa, anche di carattere transitorio, dedite al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. In questi casi la pena della reclusione andrà accompagnata dalla pena accessoria dell'interdizione assoluta da sei a dodici anni.

In linea con l'art. 3 della decisione quadro 2002/946/UE, il legislatore spagnolo ha poi esteso la responsabilità penale delle persone giuridiche, introdotta all'art. 31-*bis* CP sp., con la legge organica 5/2010, anche per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. In base all'art. 318-*bis*, co. 4, par. 2, CP sp. qualora un delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare sia stato commesso in nome o per conto e nell'interesse di una persona giuridica, da parte di un soggetto apicale (rappresentanti legali o amministratori di fatto o di diritto) o di un soggetto sottoposto all'altrui direzione, l'ente sarà punito con la pena della multa da due a cinque anni o

³⁶ Art. 318-*bis*, par. 2, *Código penal*: « los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior ».

³⁷ Cfr. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *El nuevo delito de tráfico*, cit., 2; I. SANCHEZ GARCIA DE PAZ, *Protección penal de los derechos*, cit., 828; F. Miró LLINARES, *Política comunitaria de inmigración*, cit., 29.

della multa dal triplo al quintuplo del vantaggio illecito conseguito, qualora quest'ultimo risulti più elevato³⁸.

2.3. *Il bene giuridico tutelato*

Muovendo dalla collocazione sistematica del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, un primo orientamento dottrinale ha individuato nei diritti degli stranieri extracomunitari il bene giuridico tutelato dalla norma³⁹. La *ratio* dell'art. 318-bis CP sp. sarebbe pertanto di evitare che gli stranieri non comunitari, una volta entrati illegalmente nel territorio spagnolo, rimangano esclusi dall'esercizio dei diritti e delle libertà che l'ordinamento giuridico riconosce espressamente ai cittadini stranieri⁴⁰. Si tratterebbe in sostanza di garantire l'insieme dei diritti e delle libertà riconosciute all'immigrato regolare dal cui esercizio dipende la sua piena integrazione nella società spagnola⁴¹.

Tale ricostruzione dell'interesse protetto dalla norma non è stata condivisa dalla dottrina maggioritaria⁴². La limitazione nell'esercizio dei diritti fondamentali non è, infatti, conseguenza della condotta di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, bensì della politica migratoria dello Stato che limita l'esercizio di taluni diritti agli stranieri che entrino o permangano nel territorio spagnolo in posizione irregolare⁴³.

Nello sforzo di giustificare il ricorso allo strumento penale per sanzionare le condotte di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, autorevole dottrina ha individuato nella dignità delle vittime dello «*Smuggling of Migrants*» il bene giuridico tutelato dalla norma⁴⁴. Il favoreggiamento del traffico illegale di migranti, che molto

³⁸ Art. 318-bis, par. 5.2, *Código Penal*: «cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31-bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada».

³⁹ In tal senso v. C. CONDE PUMPIDO TOURÓN, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, in J. A. MARTÍN PALLÍN (dir.), *Extranjeros y Derecho penal*, in CGPJ, 2004, 296; F. NAVARRO CARDOSO, *Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, in *Revista penal, La Ley*, 2002, n.10, 44 ss.; J. R. SERRANO PIEDECASAS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, in P. LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración y Derecho penal*, 330 ss.; M. J. RODRÍGUEZ MESA, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, 58; in senso analogo J. E. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2002, 70.

⁴⁰ V. in particolare il titolo I, sui «Diritti e le libertà dei cittadini stranieri», della Legge organica 4/2000.

⁴¹ J. R. SERRANO PIEDECASAS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, in AA.VV., *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva ley orgánica 4/2000)*, Madrid, 1999, 385; in senso sostanzialmente analogo M. J. RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, cit., 58-59 secondo cui la norma protegge i diritti e le libertà fondamentali dei cittadini extracomunitari, ma non è volta ad assicurare la loro integrazione sociale.

⁴² V., tra gli altri, M. MARTINEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito*, cit., 57.

⁴³ M. CANCIO MELÍA-M. MARAVER GOMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., 369 s.; A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas*, in *InDret*, 2010, n.1, 12.

⁴⁴ C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Título XV-bis. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, in G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, II ed. 2001, 1517; A. I. PÉREZ CEPEDA,

spesso vengono trasportati in condizioni disumane e trattati come “cose” anziché come “persone”, lederebbe o porrebbe comunque in pericolo la loro dignità⁴⁵.

Ma questa interpretazione restrittiva del tipo penale, che persegue il lodevole obiettivo di delimitare l'eccessiva ampiezza dell'art. 318-bis CP sp. non può essere condivisa per due principali ragioni. Innanzitutto essa è in contrasto con il testo della legge, dal momento che nessun elemento del fatto tipico presuppone una reificazione della vittima o, comunque, un abuso o sfruttamento della sua condizione di migrante⁴⁶. In secondo luogo, questa interpretazione non sembra tener conto della realtà criminologica del fenomeno dello «*Smuggling of Migrants*»⁴⁷.

E' ben vero che nella maggior parte dei casi il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina comporta una mercificazione dell'immigrato con una evidente lesione della sua dignità. Si pensi, ad esempio, ai casi molto frequenti in cui l'immigrato venga trasportato in condizioni disumane dai cd. scafisti su piccole imbarcazioni in condizioni igieniche precarie e senza alcuna misura di sicurezza o venga costretto a realizzare determinati comportamenti umilianti in cambio dell'aiuto necessario per entrare illegalmente nel territorio nazionale. Va detto però che, a differenza delle ipotesi più gravi di tratta di esseri umani (*infra* par. 5), non sempre le condotte di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare presuppongono una reificazione o mercificazione dell'immigrato o vengono comunque poste in essere contro la sua volontà⁴⁸. Si pensi ad esempio alle condotte di favoreggiamento che consistono nel mettere a disposizione dell'immigrato un passaporto falso per introdursi nel territorio dello Stato, nel fornire informazioni per entrare nel Paese senza dover passare per i valichi di frontiera od ancora ai casi in cui è lo stesso immigrato che offre alle autorità di frontiera una somma di denaro per poter entrare illegalmente nel territorio nazionale. Qualora si dovesse individuare nella dignità o comunque nella libertà di autodeterminazione delle vittime l'interesse protetto dalla norma, molte delle condotte in cui si sostanzia il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare non potrebbero essere sussunte nell'alveo dell'art. 318-bis CP sp.

Senza dubbio più corretta è la tesi, sostenuta anche dalla dottrina italiana rispetto alla fattispecie di favoreggiamento dell'art. 12 t.u.⁴⁹, che individua nel controllo

Globalización, cit., 175; ID., *Capítulo IV. Las normas penales españolas. Cuestiones generales*, in M. GARCÍA ARÁN (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Granada, 2007, 173; analogamente M. J. SILVA CASTAÑO, *Estudio del artículo 318 bis del Código penal*, in J.M. ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *El Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*, Valencia, 2007, 185.

⁴⁵ J. E. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2002, 62; A. I. PÉREZ CEPEDA, *Globalización*, cit., 173-174.

⁴⁶ Cfr. F. MIRÓ LLINARES, *Política comunitaria de inmigración*, cit., 17; M. MARTINEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito*, cit., 60.

⁴⁷ Cfr. M. CANCIO MELÍA-M. MARAVER GOMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., 373; A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *Sobre la urgente necesidad*, cit., 13.

⁴⁸ M. CANCIO MELÍA - M. MARAVER GOMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., 373; P. LAURENZO COPELLO, *El modelo de protección penal de los inmigrantes*, cit., 236 s.; M. MARTINEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito*, cit., 60; A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *Sobre la urgente necesidad*, cit., 13.

⁴⁹ V. nella ormai copiosa letteratura A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale*, cit., 131-133; F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, n.3,

dei flussi migratori l'interesse tutelato dall'art. 318-bis CP sp.⁵⁰. A fronte della sua collocazione tra i «delitti contro i diritti dei cittadini stranieri», la norma non proteggerebbe pertanto la dignità o altri interessi personalistici degli stranieri extracomunitari, che rimangono sullo sfondo, bensì la politica migratoria statale, il cui obiettivo è di regolamentare l'ingresso e la permanenza degli stranieri nel territorio nazionale.

3. Brevi cenni sugli illeciti amministrativi in materia di immigrazione irregolare

Con la citata legge organica 15/2003 il legislatore spagnolo ha apportato significative modifiche anche alla disciplina amministrativa dell'immigrazione irregolare. È stato riformulato, in particolare, l'illecito amministrativo di cui all'art. 54, co. 1, lett b), LO 4/2000 che punisce il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.

La norma sanziona, con la pena della multa da cinquemila a diecimila euro per ciascun extracomunitario trasportato illegalmente o comunque pari a 750.000 euro, il fatto di chi «*al fine di procurarsi un profitto, individualmente o formando parte di una organizzazione, induce, promuove, favorisce o facilita l'immigrazione clandestina di persone in transito o dirette in Spagna, o la loro permanenza nel territorio spagnolo*».

Sebbene il legislatore abbia introdotto una clausola di riserva («*siempre que el hecho no constituya delito*») per risolvere il possibile concorso apparente di norme, dando prevalenza alla fattispecie penale di cui all'art. 318-bis CP sp., evidente è la coincidenza tra il fatto tipico descritto dall'illecito in oggetto e le ipotesi aggravate di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare a scopo di trarre profitto (art. 318-bis, co. 2, CP sp.) o posto in essere da chi fa parte di una organizzazione dedita al traffico di migranti (art. 318-bis, co. 5, CP sp.).

Per risolvere questo concorso apparente di norme e delimitare il confine tra illecito amministrativo e penale, un settore della dottrina ha proposto di ricorrere al criterio del (controverso) bene giuridico tutelato dalla fattispecie di favoreggiamento⁵¹.

16-17; R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare*, cit., 1451. Più in generale sui delitti di favoreggiamento dell'immigrazione illegale di cui all'art.12 t.u. v. A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento alle migrazioni illegali*, in *Dir. form.*, 2004, fasc. 1, 56 s.; ID, *Diritto e procedura penale*, cit., 45 s.; M. GAMBARELLA, *I reati in materia di immigrazione dopo la Legge Bossi-Fini*, in *Giur. mer.*, 2004, suppl. n.7-8, 83 s.; L. MASERA, «*Terra bruciata*» attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, 67 s. Sulle modifiche ai reati di favoreggiamento introdotte con la l. 94/2009 v. G. L. GATTA, *Il «reato di clandestinità»*, cit., 1338-1339; S. ZIRULIA, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, cit., 7702 s.

⁵⁰ In tal senso v. G. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal*, in AA.VV., *El extranjero en el derecho penal español*, cit., 355; M. ORTUBA Y FUENTES, *El impreciso concepto del «tráfico ilícito de personas» o mentalidad de fortaleza sitiada*, in J. I. ECHANO BASALDÚA (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, 2002, 447 s.; P. LAURENZO COPELLO, *Últimas reformas*, cit., 32; M. MARTINEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito*, cit., 65; A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *Sobre la urgente necesidad*, cit., 16.

⁵¹ In tal senso v. M. GARCÍA ARÁN, *Sub art. 318-bis Código Penal*, in J. CÓRDOBA RODA-M. GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código penal, Parte especial*, Tomo I, Madrid, Barcelona, 2004, 1336. Sul punto v. anche

Nell'alveo dell'art. 318-*bis* CP sp. andrebbero sussunte le condotte di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare che pongono effettivamente in pericolo i diritti e le libertà dei migranti. L'ipotesi residuale dell'art. 54, co. 1, lett b), legge organica 4/2000 abbraccerebbe invece le condotte che consistono in una mera infrazione della normativa amministrativa. Si pensi, ad esempio, al trafficante di migranti che in cambio di denaro metta a disposizione un servizio di trasporto per introdurre illegalmente gli stranieri nel territorio spagnolo, senza porre in pericolo la loro libertà o integrità fisica.

L'evidente difficoltà di circoscrivere l'ambito di applicazione del reato di favoreggiamento rispetto al menzionato illecito amministrativo ha portato la dottrina maggioritaria a risolvere questo concorso di norme sempre in favore del primo, in forza della prevalenza del diritto penale sul diritto amministrativo⁵².

Attenta dottrina non ha mancato di sottolineare come il legislatore penale sia incorso in una palese violazione del fondamentale principio di sussidiarietà, dal momento che l'art. 318-*bis* CP sp. punisce un fatto il cui disvalore è senz'altro minore rispetto a quello previsto dal menzionato illecito amministrativo⁵³. L'ipotesi base di favoreggiamento non richiede, infatti, che la condotta venga realizzata al fine di procurarsi un profitto ingiusto o da parte di una organizzazione criminale. Questa sovrapposizione tra disciplina penale ed amministrativa rivela come in questo caso il ricorso allo strumento penale non rispetti l'esigenza di *extrema ratio*.

Il legislatore spagnolo, a differenza di quello italiano⁵⁴, non ha punito il favoreggiamento alla permanenza irregolare nel territorio dello Stato. Tale condotta, se posta in essere al fine di trarne un profitto, costituisce, ai sensi dell'art. 54, co. 1, lett. b), LO 4/2010, un mero illecito amministrativo.

L'art. 54, co. 2, lett. b), LO 4/2000 punisce il «trasporto di stranieri per via aerea, marittima o terrestre, fino al territorio spagnolo, da parte dei soggetti responsabili del trasporto, qualora questi ultimi non abbiano verificato la validità e la vigenza dei passaporti, dei documenti di viaggio o di identità o del visto, di cui devono essere in possesso i cittadini stranieri»⁵⁵. La condotta è punita con la multa da 5.000 a 10.000 euro per ciascuna persona trasportata o con la multa da 750.000 mila euro al doppio, indipendentemente dal numero di persone trasportate.

M. J. RODRIGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, 42; A. I. PÉREZ CEPEDA, *Globalización*, cit., 190-191.

⁵² M. CANCIO MELIÁ-M. MARAVER GOMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., 366; A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, cit., 248-249.

⁵³ F. MIRÓ LLINARES, *Política comunitaria de inmigración*, cit., 20; M. E. TORRES FERNÁNDEZ, *El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal*, in *La Ley*, 2006, n. 6491, 3-4.

⁵⁴ Sul reato di favoreggiamento della permanenza illegale di cui all'art. 12, co. 5, t.u. v. S. ZIRULIA, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, cit., 7702-7710.

⁵⁵ Art. 54.2b LO 4/2000: «el transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre, hasta el territorio español, por los sujetos responsables del transporte, sin que hubieran comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros».

Evidente anche in questo caso è la sovrapposizione tra la norma in oggetto ed il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 318-*bis* CP sp. Si pensi, ad esempio, alle condotte dei vettori che omettano dolosamente di controllare i documenti di identità dei cittadini extracomunitari, agevolandone l'ingresso nel territorio spagnolo in violazione della normativa sull'immigrazione. Nella mancanza di una clausola di sussidiarietà analoga a quella prevista dall'art. 54, co. 1, lett. b) LO 4/2000, si è proposto in dottrina di risolvere questo concorso di norme in favore dell'applicazione del più grave reato di favoreggiamento, di cui all'art. 318-*bis*, co. 1, CP sp., limitando l'ambito di applicazione dell'illecito amministrativo ai casi di mancato controllo colposo dei documenti⁵⁶.

4. La tratta di persone a fini di sfruttamento sessuale prima della riforma del 2010 (art. 188, comma 2, CP sp.)

Con la legge organica 30 aprile 1999, n.11, recante modifiche al titolo VIII, relativo ai «reati contro la libertà e l'integrità sessuale», del libro II del codice penale, il legislatore spagnolo aveva introdotto all'art. 188, co. 2, CP sp. una nuova fattispecie per punire la tratta di persone a fini di sfruttamento sessuale⁵⁷.

La norma, collocata nel capitolo dedicato ai «reati contro la prostituzione e la corruzione dei minori», puniva, con la pena della reclusione da due a quattro anni e la multa da dodici a ventiquattro mesi, il fatto di chi direttamente o indirettamente favorisse l'ingresso, la permanenza o l'uscita dal territorio nazionale di persone con il fine di sfruttarle sessualmente mediante violenza, minaccia o inganno, o abusando di una situazione di superiorità, di necessità o di vulnerabilità della vittima⁵⁸.

Ai fini di superare le critiche mosse dalla dottrina sull'incorretta collocazione della norma in oggetto tra i delitti contro l'integrità e la libertà sessuale, il legislatore spagnolo, con la legge organica del 29 settembre 2003, n. 11, recante misure concrete in materia di sicurezza cittadina, violenza domestica ed integrazione sociale dei cittadini stranieri, ha innanzitutto riformulato la fattispecie di tratta e l'ha collocata nel titolo XV-*bis* del libro II del codice penale, tra i «reati contro i cittadini stranieri»⁵⁹.

⁵⁶ V., ad es., A. DAUNIS RODRIGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política criminal*, cit., 70. Va detto che nell'ordinamento spagnolo manca una norma, corrispondente al nostro art. 9, l. 689/91, che disponga espressamente l'applicazione della disposizione speciale nel caso in cui uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa.

⁵⁷ *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.*

⁵⁸ Art. 188, par. 2, *Código Penal*: «será castigado con las mismas penas [prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses] el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima».

⁵⁹ *Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.*

La nuova fattispecie di tratta di esseri umani a fini di sfruttamento sessuale, è stata inserita, quale ipotesi qualificata del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, al secondo comma dell'art. 318-*bis* CP sp., e punita con la pena della reclusione da cinque a dieci anni. In forza della sua nuova collocazione sistematica, al delitto di tratta di persone sono state estese le circostanze aggravanti previste per l'ipotesi base di favoreggiamento dell'immigrazione «clandestina» (*supra* par. 2.2).

La dottrina non ha però mancato di evidenziare come fosse errata anche la collocazione della norma tra i reati contro i diritti dei cittadini stranieri e la delimitazione eccessiva del suo ambito di applicazione. Rimanevano infatti escluse dalla tutela penale le vittime delle tratta aventi cittadinanza spagnola o comunque di un Paese membro dell'Unione europea. Ma ancor più perplessità sollevava la scelta di configurare la tratta di persone a fini dello sfruttamento sessuale come un'ipotesi qualificata della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, anziché quale reato autonomo, come richiesto anche a livello sovranazionale.

Come si evince dagli strumenti internazionali, due sono gli elementi su cui poggia la maggior gravità del fenomeno della tratta di esseri umani («*Trafficking in Persons*») e che ne giustificano pertanto un trattamento sanzionatorio più grave e differenziato rispetto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare («*Smuggling of Migrants*»)⁶⁰. Da un lato la tratta richiede che il trasporto, il trasferimento, il dare ricovero o accoglienza ad una persona, anche a prescindere dall'attraversamento di frontiere, venga posto in essere mediante violenza, minaccia o inganno o comunque con abuso di potere o approfittamento della vulnerabilità della vittima⁶¹. Dall'altro richiede che l'agente agisca al fine di perseguire una specifica finalità illecita di sfruttamento della vittima⁶².

Sebbene fosse lodevole lo sforzo del legislatore spagnolo di incriminare le condotte di «*trafficking in human beings*» finalizzate allo sfruttamento sessuale, era però evidente come dall'art. 318-*bis*, co. 2, CP sp. non erano abbracciate, in linea con le raccomandazioni di fonte sovranazionale, le altrettanto gravi condotte di tratta

⁶⁰ In dottrina v. E. ROSI, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali*, in *Cass. pen.*, 2001, 1986 ss.; G. TINEBRA-A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone: gli strumenti di contrasto*, in *Id.*, *Il traffico internazionale di persone*, cit., 149 s., 153-156; L. PICOTTI, *La lutte contre le trafic de personnes*, cit., 8. In argomento v. anche l'analisi comparativa curata da EUROPOL (ed.), [*Legislation on Trafficking in Human Beings and Illegal Immigrant Smuggling*](#), Bruxelles, 2005.

⁶¹ V. ad es. COUNCIL OF EUROPE, *Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Warsaw, 16 maggio 2005, *Explanatory Report*, 77: «thus trafficking means much more than mere organised movement of persons for profit. The critical additional factors that distinguish trafficking from migrant smuggling are use of one of the means listed (force, deception, abuse of a situation of vulnerability and so on) throughout or at some stage in the process, and use of that means for the purpose of exploitation».

⁶² COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory report*, 87: «under the definition, it is not necessary that someone have been exploited for there to be trafficking in human beings. It is enough that they have been subjected to one of the actions referred to in the definition and by one of the means specified "for the purpose of" exploitation. Trafficking in human beings is consequently present before the victim's actual exploitation».

finalizzate allo sfruttamento del lavoro o della mendacità, della schiavitù o al trapianto illegale di organi.

5. Il nuovo reato di tratta di persone (art. 177-bis CP sp.)

Con l'obiettivo di dare attuazione agli obblighi di fonte sovranazionale⁶³ e di superare i problemi interpretativi sorti a causa dell'erronea collocazione e formulazione della fattispecie di traffico di persone a fini di sfruttamento sessuale, il legislatore spagnolo, con la legge organica 22 giugno 2010, n. 5 ha introdotto un nuovo titolo VII-bis, rubricato «*de la trata de seres humanos*», nel libro II del Código Penal, che prevede una norma *ad hoc* in materia di tratta di esseri umani⁶⁴.

Il nuovo art. 177-bis, co. 1, CP sp. punisce, con la pena della reclusione da cinque a otto anni, il fatto di reclutare, trasportare, trasferire, accogliere, ricevere o dare accoglienza ad una persona, impiegando violenza, minaccia od inganno o abusando di una situazione di superiorità, di necessità o di vulnerabilità della vittima, con una delle seguenti finalità: a) sfruttamento della forza lavoro, imposizione di lavori forzati, schiavitù o pratiche analoghe alla schiavitù, al servilismo o alla mendacità; b) sfruttamento sessuale, compresa la pornografia; c) estrazione di organi⁶⁵.

Con la stessa pena è punita, ai sensi dell'art. 177-bis, co. 2, CP sp., la tratta commessa al fine di sfruttare sessualmente vittime minori di età, anche qualora non

⁶³ V. *Exposición de Motivos*, XI. Sulle iniziative adottate dall'Unione Europea per la lotta alla tratta di esseri umani, ed in specie sulla decisione quadro 2002/629/GAI e la più recente Direttiva 2011/36/UE v. D. SANTANA VEGA, *La protección penal de las víctimas de la trata de seres humanos en el ámbito de la Unión Europea (Directiva 2011/36/UE)*, in S. MIR PUIG-M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Barcelona, 2012, 463 s.; F. SPIEZIA-M. SIMONATO, *La prima direttiva UE di diritto penale sulla tratta di esseri umani*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 9, 1073 ss.; M. G. GIAMMARINARO, *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Dir. imm. citt.*, 2012, fasc. 1, 15-33.

⁶⁴ *Exposición de Motivos*: «*el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos*».

⁶⁵ Art. 177-bis, par. 1, Código Penal: «*será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre; b) La explotación sexual, incluida la pornografía; c) La extracción de sus órganos corporales*». Per un primo commento dell'art. 177-bis CP sp. v. M. CUGAT MAURI, *La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)*, in G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Navarra, 2010, 157 ss.; J. A. MARTOS NÚÑEZ, *El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII; 2012, 97 ss.; C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Trata de seres humanos y delincuencia organizada*, in *Indret*, 1/2012, 1 ss. Nella manualistica v. J. J. QUERALT JIMENEZ, *Derecho penal español, Parte especial*, VI ed., Barcelona, 2010, 183-189.

venga impiegata violenza, minaccia, inganno o non si abusi di una situazione di superiorità o di necessità⁶⁶.

In linea con le indicazioni di fonte sovranazionale, il legislatore ha previsto l'irrelevanza penale del consenso della vittima, qualora il *trafficking* sia stato posto in essere mediante violenza, minaccia, inganno o con abuso di superiorità⁶⁷.

Dal punto di vista dell'elemento oggettivo, l'art. 177-bis, co. 1, CP sp., punisce, in linea con l'art. 3 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Palermo concernente la «tratta di persone, specialmente donne e bambini» e l'art. 4 della Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa sulla lotta contra la tratta di esseri umani, il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, il dare ricovero o accoglienza a cittadini spagnoli, comunitari o extracomunitari che si trovino nel territorio spagnolo, che transitino sul suo territorio o siano comunque diretti in Spagna.

La condivisibile scelta di prescindere da un effettivo trasferimento delle vittime dal territorio di uno Stato ad un altro permette di punire non solo le forme di tratta aventi un carattere transnazionale, ma anche quelle che si realizzano all'interno del territorio nazionale.

Si tratta di una norma a più fattispecie, che per i suoi confini indeterminati potrebbe sovrapporsi ad altri illeciti penali che puniscono lo sfruttamento di una persona⁶⁸. Basti pensare al fatto di reclutare, dare ricovero o accoglienza ad un cittadino spagnolo o extracomunitario al fine di sfruttarlo sessualmente. Tale ipotesi potrebbe essere astrattamente sussunta tanto nella fattispecie di tratta di persone, come in quella, punita meno gravemente (reclusione da due a quattro anni e pena della multa), di sfruttamento della prostituzione di cui all'art. 188, co. 1, CP sp. Entrambe le fattispecie richiedono, infatti, che il soggetto agente faccia uso degli stessi mezzi coercitivi per determinare una persona alla prostituzione.

Per risolvere questo concorso di norme, un settore della dottrina ha proposto di interpretare in senso restrittivo il fatto tipico del delitto di tratta, ritenendo che le condotte consistenti nel reclutare, dare alloggio o accoglienza alle vittime andrebbero sussunte nel più grave delitto di tratta di persone qualora si inseriscano in un più ampio processo di illecito trasferimento di esseri umani dal territorio di uno Stato ad un altro ovvero all'interno dello Stato stesso per sottoporli a forme di sfruttamento illecito⁶⁹. Il delitto punirebbe pertanto gli atti che consistono nel «trasferire» una persona da un determinato contesto per sottoporla ad una situazione di asservimento

⁶⁶ Art. 177-bis, par. 2, *Código Penal*: «*aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones enumeradas en el apartado anterior cuando se llevar a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación*».

⁶⁷ Art. 177-bis, par. 3, *Código Penal*: «*El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado primero de este artículo*».

⁶⁸ Evidenza il rischio di una eccessiva estensione del fatto tipico F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., 208.

⁶⁹ Sulla definizione di tratta di persone v. E. ROSI, *La tratta di esseri umani*, cit., 1986 s.; C. NEGRI, *La tutela penale contro la tratta di persone*, in G. TINEBRI-A. CENTONZE (a cura di), *Il traffico internazionale di persone*, Milano, 2004, 216-218; L. PICOTTI, *La lutte contre le trafic de personnes*, cit., 1; ID, *I delitti di tratta e schiavitù. Novità e limiti della legislazione italiana [Relazione al Convegno 'Quando si tratta di persone', Verona 26-27 ottobre 2006]*, in *Dir. imm. e citt.*, 2007, fasc.1, vol. 9, 47 s.

che ne faciliti lo sfruttamento. La *ratio* della norma sarebbe pertanto quella di punire la reificazione delle persone impiegate come merce di scambio per il conseguimento di una delle finalità illecite richiamate dalla fattispecie delittuosa.

L'art. 177-*bis* CP sp. si configura quale fattispecie a condotta vincolata. In linea con l'art. 3, lett. a) del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Palermo, il legislatore ha richiesto che le condotte tipiche (di reclutamento, trasporto, trasferimento, dare alloggio o accoglienza) vengano poste in essere mediante violenza, minaccia, inganno, o abusando di una situazione di superiorità, di necessità o di vulnerabilità delle vittime. A differenza, pertanto, di quanto previsto per l'ipotesi base di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 318-*bis*, co. 1, CP sp., ai fini della configurazione della fattispecie di tratta sarà sempre necessario che il soggetto agente abbia coartato la volontà della vittima⁷⁰.

Come previsto dall'art. 3, lett. d) del menzionato Protocollo aggiuntivo delle Nazioni Unite, nel caso in cui la vittima della tratta sia un minore, non si richiede che il soggetto attivo eserciti violenza, minaccia, inganno o abusi della sua superiorità.

La norma presenta la struttura di un delitto a dolo specifico (o «*delito mutilado de dos actos*»)⁷¹. La condotta tipica (di reclutamento, trasporto, trasferimento, ricovero o accoglienza), per essere penalmente rilevante, dovrà essere indirizzata obiettivamente al conseguimento di una delle finalità di sfruttamento richiamate espressamente dalla fattispecie (fine di sfruttamento del lavoro o l'imposizione di lavori forzati, della schiavitù o della mendacità, di sfruttamento sessuale o della prostituzione o al fine di estrazione di organi). La norma realizza pertanto un'anticipazione della tutela penale rispetto ai delitti scopo in tema di schiavitù, sfruttamento della forza lavoro, prostituzione ed estrazione illegale di organi, andando a colpire attività prodromiche rispetto alla loro successiva commissione⁷².

Come ha affermato espressamente il legislatore nella relazione di accompagnamento alla legge organica 5/2010, il delitto di tratta di esseri umani non protegge, a differenza della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione illegale, l'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori. Si tratta, infatti, di una fattispecie posta a tutela della dignità e della libertà di autodeterminazione delle vittime della tratta⁷³.

⁷⁰ C. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación*, en *AFDUCD*, 2010, n.14, 823.

⁷¹ C. Villacampa Estiarte, *El delito de trata de personas*, cit., 841; J. J. QUERALT JIMENEZ, *Derecho penal*, cit., 186. Si tratterebbe di un reato a consumazione anticipata per F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., 209. Sulla struttura dei delitti a dolo specifico v., nella dottrina spagnola, S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, IX ed., Barcelona, 2011; in quella italiana v., tra tutti, L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici della fattispecie*, Milano, 1993, in specie 501 s., 505 s.

⁷² Sull'analogia struttura della tratta di persone di cui all'art. 601 c.p., v. F. VIGANÒ, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Commentario*, cit., 5787; L. PICOTTI, *Nuove forme di schiavitù e nuove incriminazioni penali fra normativa interna ed internazionale*, in *Ind. pen.*, 2006, n. 1, 31-33.

⁷³ *Exposición de Motivos*, cit. In dottrina v. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., 207; J. J. QUERALT JIMENEZ, *Derecho penal*, cit., 183.

5.1. Circostanze aggravanti e responsabilità penale delle persone giuridiche per il reato di tratta di persone

Il legislatore del 2010 ha previsto una serie di fattispecie aggravate di tratta di persone, raggruppate a seconda delle caratteristiche della persona offesa e del soggetto agente, o per chi ha commesso il fatto nell'ambito di una organizzazione criminale.

In linea con l'art. 3, par. 2, della Decisione quadro 2002/629/UE e l'art. 24 della Convenzione di Varsavia, il legislatore spagnolo ha previsto un aumento di pena (reclusione da otto anni ed un giorno a dodici anni) nei casi in cui la tratta ponga in grave pericolo la vittima o abbia ad oggetto un minore degli anni diciotto o una persona specialmente vulnerabile per un'infermità, malattia, incapacità o per la sua condizione (art. 177-bis, co. 4, CP sp.).

In base all'art. 177-bis, co. 5, CP sp. la tratta di persone sarà punita con la pena della reclusione da otto anni ed un giorno a dodici anni e la pena accessoria dell'inabilitazione assoluta da sei a dodici anni qualora venga posta in essere da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio («*autoridad, agente de esta o funcionario público*») con abuso della sua qualità. La pena sarà aumentata (reclusione da dieci a dodici anni) nel caso in cui tale circostanza concorra con una di quelle previste all'art. 177-bis, co. 4, CP sp.

Il legislatore spagnolo ha poi previsto un aggravamento di pena (reclusione da otto anni ed un giorno a dodici anni, oltre alla pena accessoria dell'inabilitazione speciale all'esercizio di una professione, ufficio o attività commerciale, per la durata della condanna) nei casi in cui il soggetto agente appartenga ad una organizzazione o associazione formata da più di due persone, anche se avente carattere transitorio, dedita alla commissione di tali attività illecite (art.177-bis, co. 6, CP sp.). Se il fatto è commesso dai capi, dai responsabili o dagli amministratori dell'organizzazione o associazione si applicherà la pena della reclusione da dodici anni ed un giorno a diciotto anni, oltre alla pena dell'inabilitazione.

In linea con quanto previsto dagli artt. 5 e 6 della Direttiva 2011/36/UE, che sostituisce la Decisione Quadro 2002/629/GAI, e con l'art. 22 della Convenzione di Varsavia, l'art. 177-bis, co. 7, CP sp. prevede che le persone giuridiche possano rispondere penalmente, ai sensi dell'art. 31-bis CP, per la commissione del delitto di tratta di esseri umani, qualora la condotta sia stata commessa da parte di loro soggetti apicali o subordinati nell'interesse dell'ente stesso⁷⁴. In questo caso alla persona

⁷⁴ Sui presupposti della responsabilità penale delle persone giuridiche, introdotta all'art. 31-bis CP sp., con al recente legge organica 5/2010, v., nella ormai copiosa letteratura, J. J. DÍEZ RIPOLLÉS, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: regulación española*, in *Indret*, 2012, n.1, 33 s.; F. MORALES PRATS, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis, 31.2 abrogato, 33.7, 66-bis, 129, 130.2 c.p. spagnolo)*, in *Ind. pen.*, 2012, n.1, 115 s.; J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, [Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2012, n.1, 6 s.; L. MORILLAS CUEVA, *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in *Anales de Derecho*, 2011, 29, 11 s.; M. GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, 2010; J. DE LA

giuridica si applicherà la pena della multa dal triplo al quintuplo del vantaggio economico ottenuto con la commissione della tratta. E' prevista inoltre la possibilità di applicare alle persone giuridiche le sanzioni più gravi previste dall'art. 33, co. 7, lett. da b) a g) CP sp., come la dissoluzione dell'ente, la sospensione delle sue attività per un periodo non superiore a 5 anni, la chiusura dei locali e stabilimenti o l'inabilitazione ad ottenere sovvenzioni o finanziamenti pubblici.

Il legislatore ha anticipato ulteriormente la tutela penale, punendo in modo espresso, all'art. 177-*bis*, co. 8, CP sp., anche gli atti preparatori consistenti nella provocazione, cospirazione e proposizione alla commissione di un delitto di tratta di persone. La dottrina ha criticato questa eccessiva anticipazione della tutela penale rispetto a condotte che non pongono in pericolo il bene giuridico tutelato⁷⁵.

E' prevista infine una clausola di esclusione della pena per i reati commessi dalle vittime della tratta, qualora esse abbiano commesso illeciti in conseguenza della situazione di sfruttamento cui sono sottoposte mediante violenza, minaccia, inganno o abuso di potere.

6. L'espulsione giudiziaria come misura alternativa alla detenzione

L'istituto dell'espulsione come misura alternativa alla detenzione del cittadino extracomunitario dal territorio spagnolo, di cui all'art. 89 CP sp., è stato riformulato dapprima con la citata legge organica 11/2003 e, più di recente, con la novella del 2010.

L'art. 89, co. 1, CP sp., stabilisce che le pene privative della libertà di durata inferiore ai sei anni inflitte agli stranieri irregolari che risiedono in Spagna debbano essere sostituite nella sentenza di condanna con l'espulsione dal territorio nazionale, salvo che il giudice, dopo aver sentito l'imputato, il pubblico ministero e le parti processuali, ritenga vi siano sufficienti motivi che giustificino l'espiazione della pena in un centro penitenziario spagnolo. Se inizialmente tale misura aveva un carattere di obbligatorietà, con la novella del 2010 il legislatore spagnolo ha opportunamente previsto di lasciare all'autorità giudiziaria la decisione sull'opportunità di adottare tale provvedimento, qualora sussistano i relativi presupposti.

Nel caso in cui l'extracomunitario, il cui soggiorno in Spagna sia irregolare, stia stato condannato alla pena della reclusione superiore a sei anni, il giudice, ai sensi dell'art. 89, co. 5, CP sp., disporrà, su istanza del pubblico ministero e dopo aver sentito l'imputato e le altre parti processuali, la sostituzione della condanna con la misura dell'espulsione, qualora abbia scontato tre quarti della condanna o stia scontando la pena in condizione di semilibertà («*tercer grado penitenciario*»). Il giudice può comunque

MATA BARRANCO, *La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo*, in *La Ley Penal*, 2011, n. 87, 1 s.; V. GOMEZ MARTÍN, *Falsa alarma o sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio societas delinquere non potest*, in S. MIR PUIG-M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales*, cit., 331 s.

⁷⁵ F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., 211.

disporre, sulla base di giustificati motivi, e previo parere del pubblico ministero, che la pena venga completamente espiata in un centro penitenziario spagnolo.

La dottrina spagnola ha cercato non senza difficoltà di giustificare l'introduzione nel codice penale dell'istituto dell'espulsione. Risulta difficile, innanzitutto, determinarne la natura, dal momento che l'espulsione non viene espressamente annoverata nel catalogo delle pene («*penas*») previste dall'art. 33 CP sp. Evidente è, inoltre, il contrasto della norma con il principio di uguaglianza. Da una mera situazione amministrativa di irregolarità il legislatore penale fa conseguire un trattamento sanzionatorio distinto per gli stranieri irregolari, non solo rispetto ai cittadini spagnoli, ma anche rispetto agli stessi extracomunitari in possesso di un valido permesso di soggiorno⁷⁶.

Tre sono le principali argomentazioni che potrebbero essere adottate per giustificare l'introduzione nel codice penale dell'istituto dell'espulsione *post delictum* dell'extracomunitario irregolare⁷⁷.

In linea con quanto affermato dallo stesso legislatore spagnolo nella relazione di accompagnamento alla legge organica 11/2003, l'istituto dell'espulsione servirebbe ad evitare che la pena e la sua espiatione si convertano in forme di permanenza dell'immigrato irregolare in Spagna, aggirando in questo modo la politica migratoria dello Stato⁷⁸. In sostanza si tratterebbe di evitare, mediante l'espulsione *post delictum*, che i cittadini extracomunitari delinquantino al solo fine di permanere, attraverso l'espiatione della pena in carcere, nel territorio spagnolo⁷⁹.

Secondo un diverso orientamento dottrinale, l'obiettivo perseguito dal legislatore con l'espulsione sarebbe quello di ridurre l'enorme affollamento carcerario⁸⁰. L'allontanamento dei reclusi senza permesso di soggiorno garantirebbe inoltre un notevole risparmio all'erario pubblico⁸¹.

Si è sostenuto, infine, che l'espulsione si giustificerebbe per l'impossibilità di garantire la risocializzazione, quale funzione propria della pena, di soggetti che, per il

⁷⁶ In tal senso v. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, *Sub art. 89 CP*, in G. RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentario al Código Penal*, 291; analogamente M. J. RODRÍGUEZ MESA, *La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica*, in L. R. RUIZ RODRÍGUEZ-M. J. RODRÍGUEZ MESA, *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia, 2006, 280 s.; J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Política penal europea de inmigración*, in F. MUÑOZ CONDE, *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, 984.

⁷⁷ M. CANCIO MELIÁ-M. MARAVER GÓMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., 387.

⁷⁸ *Exposición de Motivos*, LO 11/2003.

⁷⁹ Sul punto v. A. ROMA VALDÉS, *La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de los delincuentes extranjeros*, in *AP*, 1999, 45, 853. Criticamente M. CANCIO MELIÁ-M. MARAVER GÓMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit. 385-386.

⁸⁰ In tal senso v. A. ASÚA BATARRITA, *La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración*, in P. LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración y derecho penal*, Valencia, 2002, 91; F. FLORES MENDOZA, *La expulsión del extranjero en el Código penal español*, in P. LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, cit., 108.

⁸¹ In tal senso v. ad es. I. SERRANO BUTRAGUEÑO, *sub art. 89 CP*, in A. DEL MORAL GARCÍA-I. SERRANO BUTRAGUEÑO (coords.), *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Granada, 2002, 3 ed., 1033.

loro *status* di irregolari, non potrebbero soggiornare regolarmente nel territorio nazionale⁸².

Nessuna di queste argomentazioni riesce a giustificare l'espulsione quale sanzione penale. Non perseguendo alcuna finalità di prevenzione speciale, data l'esclusione di qualsiasi funzione di risocializzazione del reo, la norma penale avrebbe soltanto una funzione di prevenzione speciale negativa e servirebbe unicamente a dare effettiva esecuzione alla politica statale dell'immigrazione⁸³.

Il vero obiettivo perseguito con l'introduzione nel codice penale dell'espulsione giudiziaria sarebbe quello di liberarsi degli extracomunitari irregolari che commettono un reato⁸⁴. Come ha evidenziato autorevole dottrina, è questo un esempio paradigmatico di diritto penale d'autore, se non addirittura di diritto penale del nemico⁸⁵. L'istituto dell'espulsione non tende a perseguire alcun obiettivo di prevenzione speciale, ma risponde ad una logica di neutralizzazione ed esclusione dal contesto sociale di una "persona" per il suo *status* di irregolare.

7. L'espulsione amministrativa quale sanzione sostitutiva della multa

L'espulsione amministrativa dello straniero irregolare dal territorio nazionale è disciplinata dalla legge organica 11 gennaio 2000, n. 4⁸⁶. Presupposto per l'applicazione di questa misura è che l'immigrato irregolare abbia commesso nel territorio spagnolo un grave illecito amministrativo. La *ratio* dell'istituto è di evitare che lo straniero irregolare che abbia commesso un grave illecito amministrativo e non possa far fronte alla corrispondente sanzione della multa, possa di fatto assicurarsi l'impunità⁸⁷.

In base all'art. 57, co. 1, LO 4/2000, l'autorità amministrativa, nel caso in cui l'immigrato irregolare abbia commesso uno degli illeciti amministrativi molto gravi o gravi previsti dall'art. 51, co. 1, lett. a), b), c), d) f), LO 4/2000, può procedere alla sostituzione della multa con l'espulsione dal territorio nazionale.

Gli illeciti amministrativi gravi o molto gravi commessi dagli immigrati irregolari che possono costituire il presupposto per l'espulsione amministrativa sono i seguenti: a) soggiornare irregolarmente sul territorio dello Stato per non aver ottenuto

⁸² A. ROMA VALDÉS, *La sustitución*, cit., 854.

⁸³ V. P. LAURENZO COPELLO, *Ultimas reformas*, cit., 30. Analogamente F. FLORES MENDOZA, *La expulsión del extranjero*, cit., 576.

⁸⁴ Vede nell'espulsione dello straniero extracomunitario una figura paradigmatica del moderno diritto penale dell'esclusione R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione*, cit., 25.

⁸⁵ M. CANCIO MELIÁ-M. MARAVER GÓMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., 409-411; analogamente J. A. BRANDARIZ GARCÍA, in P. FARALDO CABANA (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, 42 s.; F. NAVARRO CARDOSO, *Expulsión "penal" de extranjeros: una simbiosis de derecho penal "simbólico" y derecho penal del "enemigo"*, in RDPC, 2006, n. 17, 153 s.

⁸⁶ *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*.

⁸⁷ A. PALOMAR OLMEDA (coord.), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, tomo I, 4 ed., Navarra, 2010, 607.

la proroga del permesso di soggiorno; od essere sprovvisti del permesso di soggiorno; ovvero trovarsi in possesso di un'autorizzazione di residenza scaduta da più di tre mesi, senza aver proceduto a sollecitarne il rinnovo entro i termini previsti dalla legge; b) lavorare in Spagna senza aver ottenuto il permesso di lavoro o l'autorizzazione per poter lavorare in mancanza di un valido permesso di residenza; c) occultare dolosamente o dichiarare gravemente il falso nell'adempimento dell'obbligo di informare le autorità competenti in merito al cambio della nazionalità, dello stato civile, o del domicilio; d) non rispettare le misure adottate per ragioni di sicurezza pubblica, o l'obbligo di firma o il divieto di soggiornare in determinati luoghi o in prossimità di zone di frontiera; e) commettere un terzo illecito amministrativo lieve, in caso di condanna per illeciti della stessa specie riportata nell'arco dell'anno precedente all'infrazione; f) partecipare ad attività contrarie all'ordine pubblico.

Come si legge nella relazione di accompagnamento della legge organica, la *ratio* della norma è di assicurare il rispetto della normativa sull'immigrazione, ed in specie le disposizioni sull'ingresso e la permanenza degli stranieri sul territorio nazionale, garantendo allo Stato il controllo sui flussi migratori.

La misura dell'espulsione amministrativa dal territorio nazionale dello straniero non comunitario può scattare non solo a seguito della commissione dei gravi illeciti amministrativi di cui all'art. 57, co. 1, LO 4/2000, ma anche per il fatto di aver riportato una condanna per un reato doloso.

In base all'art. 57, co. 2, LO 4/2000 l'espulsione amministrativa dello straniero irregolare che sia stato condannato in Spagna o in un Paese terzo per un reato doloso può essere disposta nel caso in cui il fatto sia punito dall'ordinamento giuridico-penale spagnolo con la pena della reclusione superiore ad un anno e non vi sia stata la cancellazione degli antecedenti penali.

La dottrina ha criticato tale disposizione, che costituirebbe una palese violazione del principio del *ne bis in idem*, dal momento che l'immigrato verrebbe punito due volte per lo stesso fatto⁸⁸. La Corte costituzionale spagnola ha, però, dichiarato non fondata la questione di legittimità della norma, considerando che l'espulsione amministrativa non ha carattere sanzionatorio⁸⁹. Si tratterebbe, secondo il giudice delle leggi, di una misura volta a garantire l'effettività della politica statale dell'immigrazione, che in modo legittimo priva del diritto di risiedere sul territorio spagnolo chi abbia commesso un reato.

7.1. *L'espulsione amministrativa quale sanzione sostitutiva del processo penale*

La citata *Ley de extranjería* spagnola prevede infine la possibilità di ordinare l'espulsione amministrativa dello straniero che soggiorna illegalmente in Spagna, quale misura alternativa al processo penale.

⁸⁸ M. J. RODRÍGUEZ MESA, *La expulsión del extranjero*, cit., 267-268.

⁸⁹ STC, 10 dicembre 1991, n. 234.

L'art. 57, co. 7, lett a), LO 4/2000 dispone che il giudice penale, sentito il pubblico ministero, possa autorizzare l'espulsione amministrativa del cittadino straniero imputato per un delitto o una contravvenzione («falta») puniti con una pena della reclusione inferiore a sei anni o ad una pena distinta dalla reclusione⁹⁰. La norma dispone che in questi casi l'espulsione dovrà essere eseguita nel più breve tempo possibile e comunque entro il termine di tre giorni. Qualora sussistano giustificati motivi, il giudice penale può comunque negare l'autorizzazione all'espulsione.

A differenza dell'espulsione giudiziaria di cui all'art. 89 CP sp. (*supra* par. 6), l'adozione del provvedimento di espulsione a titolo di sanzione sostitutiva del processo penale compete all'autorità amministrativa. Ma spetta comunque al giudice penale bilanciare i contrapposti interessi in gioco. Nel caso di specie dovrà decidere se esercitare l'azione penale nei confronti dell'immigrato irregolare imputato di un reato o sospendere il processo penale ed autorizzare l'esecuzione dell'espulsione amministrativa. Gli obiettivi perseguiti con le politiche statali dell'immigrazione potrebbero pertanto prevalere anche sull'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale⁹¹.

La *ratio* della disposizione è di evitare che l'esercizio dell'azione penale possa in effetti ostacolare la realizzazione dell'interesse all'espulsione dello straniero irregolare dal territorio spagnolo.

8. Il divieto di reingresso nel territorio spagnolo a seguito dell'espulsione penale

In base all'art. 89, co. 2, CP sp., all'immigrato irregolare espulso dal territorio nazionale per aver riportato una condanna ad una pena inferiore a sei anni è fatto divieto di reingresso in Spagna per un periodo che va da un minimo di cinque ad un massimo di dieci anni, a partire dall'esecuzione dell'espulsione. La durata del divieto di reingresso sarà stabilito dal giudice sulla base del *quantum* della pena sostituita con la misura dell'espulsione e tenuto conto delle condizioni personali del reo.

Nei casi in cui l'immigrato irregolare espulso dal territorio nazionale a seguito di una condanna rientri in Spagna prima che sia trascorso il periodo previsto nel divieto di reingresso, egli dovrà scontare ai sensi dell'art. 89, co. 4, CP sp. la pena della reclusione, previamente sostituita con la misura dell'espulsione. La pena della

⁹⁰ Art. 57, co. 7, lett. a) LO 4/2000: «Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación».

⁹¹ A. BATARRITA ASÚA, *La expulsión del extranjero*, cit., 30-32; M. J. RODRÍGUEZ MESA, *La expulsión del extranjero*, cit., 270-271.

reclusione si applicherà soltanto qualora vi sia stato il fallimento della misura dell'espulsione⁹².

Nel caso in cui non si possa dare esecuzione alla misura dell'espulsione disposta nella sentenza di condanna o comunque in un provvedimento giudiziario successivo, si procederà all'esecuzione della pena privativa della libertà. In questi casi il giudice potrà comunque disporre, qualora sussistano i presupposti previsti dalla legge, la sospensione o la sostituzione della pena con quella della multa o dei lavori socialmente utili, ai sensi dell'art. 88 CP sp.

Nel caso in cui l'immigrato irregolare tenti di rientrare in Spagna e venga fermato alla frontiera, verrà espulso immediatamente. A partire dal momento del respingimento inizierà a decorrere nuovamente il divieto di reingresso.

9. Il divieto di reingresso nel territorio spagnolo a seguito dell'espulsione amministrativa

Il provvedimento amministrativo di espulsione dell'immigrato in situazione di irregolarità è sempre accompagnato dal divieto di reingresso in Spagna. L'art. 58 LO 4/2000 stabilisce che la durata del divieto di reingresso venga stabilita dall'autorità amministrativa tenuto conto delle circostanze del caso, ma non possa comunque eccedere di regola i cinque anni.

Nei casi in cui l'immigrato irregolare rappresenti una grave minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o nazionale o la salute pubblica, l'autorità amministrativa potrà stabilire, in forza dell'art. 58, co. 2, LO 4/2000, un divieto di reingresso per un periodo non superiore a dieci anni. Questa norma risponde alla logica delle misure di sicurezza. Il presupposto per la proroga del divieto di reingresso si fonda, infatti, su una presunzione di pericolosità dell'immigrato, dal momento che la sua adozione da parte del giudice non dipende da ciò che egli ha fatto, ma da ciò che si sospetta possa fare.

10. Il trattenimento nei centri di «internamento» per stranieri

In base all'art. 89, co. 6, par. 1, CP sp., riformulato dalla legge organica 5/2010, l'autorità giudiziaria, nel momento in cui dispone la sostituzione della pena con la misura dell'espulsione dell'immigrato irregolare che si trovi in stato di libertà o non abbia comunque ancora iniziato a scontare la pena in carcere, potrà ordinare, il suo

⁹² V. C. RODRIGUEZ YAGÜE, *El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes*, in *RECPC*, 2012, n-14-07, 21-22.

trattenimento in un CIE («*centro de internamiento de extranjeros*»), al fine di rendere effettivo il suo allontanamento dal territorio dello Stato⁹³.

L'art. 62, co. 2, l. 4/2000, recentemente modificato dalla legge organica 11 dicembre 2009, n. 2, che da attuazione alla Direttiva 2008/115/CE recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, prevede che il trattenimento in un CIE dell'immigrato irregolare sottoposto ad una misura di espulsione giudiziaria o amministrativa non possa avere una durata superiore a sessanta giorni.

Il trattenimento in un CIE può essere disposto, nelle more del processo di esecuzione dell'espulsione, anche nei confronti degli immigrati irregolari per i quali è stato emesso un provvedimento amministrativo di espulsione (art. 62 LO 4/2000). In questi casi il trattenimento dovrà essere disposto per il tempo strettamente necessario per dare esecuzione al provvedimento di espulsione. Nel limitare la possibilità di compressione della libertà personale dell'immigrato, la norma prevede che il periodo massimo di trattenimento in un «*centro de internamiento*» non possa essere comunque superiore a sessanta giorni⁹⁴.

11. Considerazioni finali

Dall'esame della disciplina penale ed amministrativa dell'immigrazione in Spagna emerge come il legislatore spagnolo, a differenza di quello italiano, abbia fatto un uso più limitato del diritto penale come strumento di contrasto dell'immigrazione illegale. Non solo ha ritenuto, in modo condivisibile, di non incriminare l'immigrato per il mero fatto dell'illecito ingresso o del soggiorno irregolare sul territorio dello Stato. Per garantire la politica migratoria statale ha fatto altresì ampio ricorso, nel rispetto del principio di sussidiarietà, a sanzioni di tipo amministrativo per colpire, ad esempio, il mero soggiorno irregolare nel territorio nazionale, il favoreggiamento alla permanenza nel territorio dello Stato, ecc. Il diritto penale non è stato pertanto impiegato, come è accaduto invece nel nostro ordinamento, in funzione servente rispetto agli strumenti di espulsione amministrativa⁹⁵.

⁹³ Sulla normativa relativa al trattenimento degli stranieri irregolari nei CIE spagnoli v., anche per ampi riferimenti bibliografici, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE: análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros*, in *ADPCP*, 2009, n.1, 253 ss.

⁹⁴ L'art. 14, co. 5, t.u. prevede la possibilità di trattenimento degli immigrati nei centri di identificazione e espulsione sino a centottanta giorni. Sulla «bagatellizzazione» della libertà personale dell'immigrato prevista dalla disciplina amministrativa dei centri di identificazione ed espulsione v. le considerazioni critiche di A. CAPUTO, *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, in P. PISA (a cura di), *Dossier, Speciale Immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 10; M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine*, cit., 266-268.

⁹⁵ Con riguardo al nostro diritto penale dell'immigrazione v. M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine*, cit., 272-273, che rileva come «nella disciplina dell'immigrazione, al diritto penale è attribuita una funzione di supporto alla disciplina amministrativa di espulsione dell'immigrato irregolare: il diritto penale viene così

Tra le principali novità introdotte nel codice penale spagnolo con la legge organica 5/2010 spicca senza dubbio la nuova fattispecie di tratta di esseri umani, la cui formulazione è in linea con le raccomandazioni di fonte sovranazionale. Condivisibile è stata poi la scelta del legislatore spagnolo di estendere, come richiesto dalla Direttiva 2011/36/UE, la responsabilità penale delle persone giuridiche anche alla tratta di esseri umani.

La dottrina spagnola non ha mancato tuttavia di evidenziare con forza gli elementi di criticità dello statuto penale dell'immigrato irregolare delineato dal proprio legislatore. Molteplici sono state innanzitutto le critiche al ricorso alla sanzione penale per incriminare chi agevoli o faciliti l'ingresso degli immigrati irregolari nel territorio nazionale di cui all'art. 318-*bis* CP sp.

Si è evidenziato come il vero scopo della norma non sia quello di punire lo «*Smuggling of Migrants*», bensì di escludere gli immigrati irregolari dal contesto sociale⁹⁶. Si tratterebbe in sostanza di fare “terra bruciata” attorno agli immigrati irregolari, ostacolandone il più possibile ogni intento di entrare nel territorio dello Stato, attraverso l'incriminazione di qualsiasi tipo di supporto, *rectius* favoreggiamento diretto o indiretto, anche se a scopo umanitario.

Il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare sarebbe pertanto privo di una dimensione offensiva, non tutelando gli stranieri (considerati come meri oggetti materiali e non vittime dello «*Smuggling*»), bensì il controllo dello Stato sui flussi migratori⁹⁷. Ma sarebbe questo un interesse che non può assurgere al rango di bene giuridico bisognoso e meritevole di tutela penale⁹⁸.

Queste critiche sulla meritevolezza della tutela penale delle politiche migratorie statali non sono tuttavia condivisibili.

Non vi è dubbio, come ha riconosciuto autorevole dottrina, ed in più occasioni anche la nostra Corte costituzionale, che il controllo dei flussi migratori è un interesse pienamente legittimo e meritevole di tutela⁹⁹. Mediante la sua protezione, che passa

a perdere il ruolo di intervento sussidiario per svolgere quello servente di potenziamento della effettività delle disposizioni amministrative».

⁹⁶ P. LAURENZO COPELLO, *El modelo de protección penal de los inmigrantes*, cit., 30.

⁹⁷ L. ARROYO ZAPATER, *Propuesta de eurodelito de trata de seres humanos*, in L. ARROYO ZAPATERO-B. GÓMEZ DE LA TORRE (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. II, Castilla La Mancha, Salamanca, 2001, 25 s.; M. CANCIO MELIÁ-M. MARAVÉ GÓMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., 375 s.; M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito*, cit., 64; F. MIRÓ LLINARES, *Política comunitaria de inmigración*, cit., 28.

⁹⁸ A. DAUNIS RODRIGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política criminal*, cit., 70-73.

⁹⁹ In dottrina v. F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione*, cit., 16-17; A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale*, cit., 124 ss., 131-132. In giurisprudenza v. Cort. Cost., 22 gennaio 2007, n.22; in *Giur. cost.*, 2007, 151 s., con nota di D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale “vorrebbe ma non può” sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*; Cost. 5 luglio 2010, n. 250, dove si afferma che «il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice [art. 10-*bis* t.u.] è, in realtà, agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi, del resto, del bene giuridico “di categoria”, che accomuna buona parte delle norme

anche attraverso il ricorso allo strumento penale, si garantirebbero fondamentali interessi “diffusi” su cui poggia lo Stato sociale di diritto, come il mercato del lavoro, nonchè la tutela dell'ordine pubblico, che verrebbero altrimenti messi in serio pericolo da una politica “di porte aperte” all'immigrazione¹⁰⁰.

Ma qualora si dovesse ammettere che la norma è effettivamente volta a proteggere l'interesse dello Stato al controllo dei flussi immigratori si dovrebbe criticare, come si è sostenuto in dottrina, la scelta del legislatore spagnolo di non punire, così come previsto ad esempio dal nostro legislatore all'art. 10-*bis* t.u., l'ingresso o il soggiorno irregolare nel territorio dello Stato e conseguentemente il reingresso a seguito di un provvedimento di espulsione. Anche lo straniero irregolare che entra o permane nel territorio dello Stato in violazione della disciplina amministrativa in materia di immigrazione viola, infatti, l'interesse statale al controllo dei flussi migratori¹⁰¹. Ma anche questa critica può essere facilmente superata.

La scelta del legislatore spagnolo di non punire il mero ingresso e la permanenza irregolare nel territorio nazionale è senza dubbio ragionevole. La decisione politico-criminale sulla necessità di punire tali atti non deve poggiare soltanto sulla considerazione della dimensione offensiva della condotta dell'immigrato, ma deve tener conto anche dei molteplici interessi in gioco e delle conseguenze pratiche di una tale incriminazione. Non si può pertanto dimenticare che nella maggior parte dei casi l'immigrato che entra o risiede nel territorio dello Stato, in violazione della disciplina amministrativa, ha dovuto realizzare un viaggio in condizioni disumane, abbandonando il suo Paese, i suoi legami familiari ed affettivi. Punirlo per il mero ingresso o soggiorno irregolare nel territorio dello Stato sarebbe davvero moralmente inaccettabile. Rispetto a queste condotte sarebbe senza dubbio più opportuno applicare eventualmente misure di tipo amministrativo.

Più condivisibili sono le critiche mosse dalla dottrina all'eccessiva ampiezza della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (art. 318-*bis* CP sp.), erroneamente collocata tra i reati contro i cittadini stranieri e la cui formulazione si caratterizza per la sua imprecisione ed indeterminatezza (*supra* par. 2).

Del tutto sproporzionato ed eccessivamente severo appare poi il trattamento sanzionatorio previsto per l'ipotesi base di favoreggiamento (reclusione da quattro a otto anni). In prospettiva *de jure condendo* sarebbe auspicabile che il legislatore spagnolo, in linea con le raccomandazioni di fonte europea, rimodulasse il compasso edittale. Allo stesso tempo dovrebbe prevedere, come previsto dalla Direttiva 2002/90/CE, una specifica causa di giustificazione per evitare di punire le condotte di favoreggiamento che abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria, o dovrebbe punire soltanto quelle commesse al fine di trarre un profitto ingiusto.

incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 – e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero».

¹⁰⁰ F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione*, cit., 16-17

¹⁰¹ In tal senso v. M. CANCIO MELIÁ-M. MARAVER GOMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., 380; A. I. PÉREZ CEPEDA, *La globalización*, 159-160; M. GARCÍA ARÁN, *Esclavitud y tráfico de seres humanos*, 370.

Occorre infine rilevare come anche nell'ordinamento spagnolo si stia assistendo ad una progressiva compressione della libertà personale degli immigrati irregolari mediante la proliferazione di meccanismi finalizzati all'espulsione delle persone non desiderate (*supra* parr. 7, 7.1)¹⁰². Non vi è dubbio che la vera finalità di queste misure sia quella di neutralizzare ed escludere dalla società lo straniero privo di regolare permesso di soggiorno. Risulta pertanto difficile poter qualificare come *pena* la misura dell'espulsione di cui all'art. 89 CP sp., dal momento che non persegue alcuna finalità di rieducazione del reo e la sua unica funzione è quella di permettere l'allontanamento dal territorio dello Stato dell'immigrato per il suo *status* di "irregolare". Lo stesso dicasi rispetto alla misura dell'espulsione amministrativa quale sanzione sostitutiva del processo penale di cui all'art. 57, co. 7, lett. a), LO 4/2000, che da sanzione sostitutiva della pena della multa prevista per una "contravvenzione" («*falta*») diventa, per il suo maggior carico afflittivo, una vera e propria *pena*, il cui unico fine sembra essere ancora una volta quello di neutralizzare l'immigrato, la cui unica colpa è quella di essere "irregolare".

¹⁰² Con rispetto all'ordinamento italiano v. le puntuali osservazioni di M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine*, cit., 266-268; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione*, cit., 20-21. Più in generale sull'istituto dell'espulsione in materia di immigrazione irregolare v. E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, 211 ss.; V. SCALIA, *L'espulsione dello straniero alla prova degli obblighi internazionali di protezione dei diritti fondamentali*, in *L'Indice Penale*, n. 2, 2010, 749 s.