

Desafíos penales de la inmigración irregular en España: falsedad en documento público

Cómo citar este artículo [Chicago]: Gangi Guillén, Giuseppe. “Desafíos penales de la inmigración irregular en España: falsedad en documento público”. *Novum Jus* 18, núm. 3 (2024): 259-280. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2024.18.3.10>

Giuseppe Gangi Guillén



Código: 1169378699 • Autor: istockphoto.com

Desafíos penales de la inmigración irregular en España: falsedad en documento público

Giuseppe Gangi Guillén*
Universidad Antonio Nebrija

Recibido: 17 de octubre de 2023 | **Evaluado:** 18 de abril de 2024 | **Aceptado:** 9 de mayo de 2024

Resumen

España se encuentra adherida a las bases humanistas propias de la Unión Europea: se caracteriza por un profundo sentido humanista que traspasa fronteras y promueve el reconocimiento de las debidas garantías, incluso fuera de aquellas. La investigación analiza las implicaciones de la inmigración irregular en la España humanista, la contrasta con su ordenamiento jurídico y describe los retos a los que se enfrenta desde el derecho penal. Se concluye que el derecho penal español se ve limitado para la imposición de penas privativas de libertad por la comisión de delitos por parte de migrantes con estatus jurídico irregular, lo que deviene generalmente en la apertura de expedientes administrativos sancionatorios y culmina en multas o acciones de deportación, con cierta prudencia política del Gobierno central. Esta limitación en la imposición de penas tiene repercusiones directas en la seguridad jurídica de la población y promueve la inmigración irregular, efectos contrarios al moderno concepto de la seguridad del Estado desde cualquier enfoque multidimensional y al sentimiento humanista de la Unión Europea.

Palabras clave: derechos humanos; derecho penal; Constitución.

* Licenciado en Ciencias y Artes Militares, magíster en Recursos Humanos, magíster en Logística, doctorando en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho y de Relaciones Internacionales de la Universidad Antonio Nebrija. ORCID: 0000-0001-5627-3874. Correo electrónico: ggangi@nebrija.es

Criminal Challenges of Irregular Immigration in Spain: Forgery of Public Documents

Giuseppe Gangi Guillén
Universidad Antonio Nebrija

Received: October 12, 2023 | **Evaluated:** April 18, 2024 | **Accepted:** May 9, 2024

Abstract

Spain adheres to the humanist foundations of the European Union, characterized by a profound humanist ethos that transcends borders and upholds the recognition of due guarantees, even beyond them. The research analyzes the implications of irregular immigration in humanist Spain, contrasts them with its legal system, and describes the challenges faced from a criminal law perspective. It concludes that Spanish criminal law is limited in its ability to impose of custodial sentences for offenses committed by migrants with irregular legal status. This often leads to the initiation of administrative disciplinary proceedings and resulting in fines or deportation, accompanied by a degree of political caution from the central government. This limitation in penal enforcement has direct repercussions on the legal security for the population and encourages irregular immigration, effects that contradict the modern concept of State security from any multidimensional perspective and the humanist sentiment of the European Union.

Keywords: human rights; criminal law; Constitution.

Introducción

La migración es un hecho internacional, conocido desde inicios de la humanidad. Se ha caracterizado por ser un proceso con diversas etapas, relacionadas con cuestiones económicas y políticas, la satisfacción de necesidades básicas en el país de origen, problemas jurídicos o de identidad y otros en el país de destino. En la sociedad contemporánea, el estudio jurídico y sociológico de las migraciones se ha convertido en un análisis esencial para comprender las dinámicas sociopolíticas.

El estudio de las migraciones se ve influenciado también por procesos derivados de la globalización económica, la transnacionalidad, perfiles migratorios, la construcción de nuevos conceptos jurídicos, la integración, la toma de decisiones en la resolución de problemas y debates académicos relacionados con la gobernanza de las migraciones. Estos debates se basan en ideas de multiculturalidad en medio de desafíos internacionales de seguridad que explican los efectos que las migraciones han tenido en la sociedad contemporánea.

En la actualidad, se aprecia un incremento en su intensidad, asociado al mismo proceso de globalización. Algunos autores señalan que ha adquirido dimensiones de tragedia humanitaria, con unas consecuencias negativas para la situación socioeconómica de los países receptores¹. Ello se debe a la inexistencia de políticas globales dirigidas a la gestión eficiente de las migraciones más allá de acuerdos para los casos de la protección internacional², solo un deber moral que parte de los extremos jurídicos migratorios de los países receptores. Otros autores señalan que la migración tiene un efecto económico benéfico y que las empresas han mutado hasta volverse independientes y a la vez transnacionales³, lo que conlleva la necesidad de incrementar la mano de obra de diversos tipos y la convivencia con las nuevas tecnologías.

De lo anterior se desprenden visiones distantes de un mismo fenómeno. Por un lado, la relación entre economía empresarial con procesos multiculturales migratorios propios de cada país, conceptos de seguridad asociados a la movilidad humana y

¹ Rebeca Oroza Busutil y Yoannis Puente Márquez, “La crisis migratoria en el Mediterráneo y la Unión Europea: principales políticas y medidas antinmigrantes”, *Novedades en Población* 13, núm. 26 (2017).

² Elena C. Díaz Galán, “El Acuerdo de paz para Colombia. Un singular mecanismo de consolidación de la paz”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 21 (2021): 935.

³ Francisco José Cuberos-Gallardo et al., “Nuevos migrantes españoles en la capital de Europa: estrategias de movilidad, inserción laboral y participación política”, *Migraciones Internacionales* 14 (2023): 10.

la inexistencia de procesos estandarizados para su control, pues cada país la gestiona en la medida de sus intereses y posibilidades. Por otro lado, en los discursos promulgados por figuras influyentes en la sociedad española y amplificado por los medios de comunicación, se aprecia una persistente categorización de la presencia extranjera como un factor amenazante, dado que responsabilizan a la inmigración irregular como la razón del incremento de la delincuencia y su repercusión en la seguridad del Estado.

Los nuevos desafíos sociales relacionados con el estudio de los flujos migratorios contemporáneos se vinculan con aspectos medulares de la seguridad, las limitaciones del ordenamiento jurídico del país de acogida y el riesgo que guardan con los escenarios de conflictos internacionales entre los Estados.

En este contexto, se plantea la incógnita de la adecuación de los ordenamientos jurídicos de los países de acogida —en particular del derecho penal español— frente a los posibles actos delictivos cometidos por extranjeros dentro de España, cuyo estatus migratorio no se encuentra regulado de acuerdo con el marco jurídico en materia de migraciones. En particular, se aborda la falsedad de documento público o privado y los delitos contra la administración pública, asociados todos al posible empleo del mismo documento en diferentes escenarios.

De lo anterior se desprende el tratamiento de la delincuencia entre individuos de origen extranjero como una problemática que ha provocado debates, tensiones y el distanciamiento entre unos sectores de la población que defienden un mayor control de los movimientos migratorios hacia España y otros que mantienen la política de puertas abiertas.

A efectos de comprender el alcance de los delitos mencionados y su repercusión en una sociedad, caracterizada por importantes procesos de transformación social y valores humanistas propios de la Unión Europea, es necesario partir del análisis de los conceptos asociados a delitos, faltas e infracciones establecidas en el Código Penal español y su tratamiento, ello para comprender el escenario jurídico con impacto en la seguridad en el que se encuentra España como Estado receptor frente a los delitos cometidos por estos; Por tal razón, el estudio penal y criminológico moderno requiere la revisión de diversos aspectos como la aplicación correcta de la normativa, así como del conocimiento de conceptos y de los derechos humanos⁴.

⁴ Fernanda Navas-Camargo, “El Sur Global y la realidad social de América Latina: hacia la construcción de nuevos paradigmas”, *Novum Jus* 14, núm. 2 (2020): 13.

Para ello es preciso examinar la regulación normativa y la doctrina, a efectos de conocer cómo ha sido abordada esta cuestión por expertos en derecho penal y las dificultades del ordenamiento jurídico frente a las migraciones contemporáneas.

La falsedad documental se encuentra tipificada como delito en el Código Penal español y se configura en la creación, la alteración y el uso de documentos falsos. Las penas contempladas en el ordenamiento jurídico se encuentran establecidas para los autores, coautores y para quienes den tratamiento y uso de estos, tanto en el ámbito público como en el privado, lo que demandaría conocimientos de pericia documental para su detección temprana.

Con el objetivo de entender las situaciones cotidianas en las cuales se configura este delito, se desarrollará el trabajo en dos apartados. El primero describe las implicaciones penales de la inmigración irregular considerando su tratamiento como infracciones y delitos asociados; el segundo explica el abordaje de las falsedades documentales mediante un análisis crítico e interpretaciones que concluyen en la necesidad de adecuar el marco normativo disponible a la sociedad contemporánea.

Implicaciones penales de la inmigración irregular. Infracciones migratorias y delitos asociados

Consideraciones generales

En España, la migración irregular se considera una infracción administrativa, según la Ley de Extranjería⁵, que puede resultar en multas para ciertos casos. Sin embargo, la Ley Orgánica 13/2007, del 19 de noviembre, que aborda la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, establece penas de prisión para aquellos que promuevan o faciliten el tráfico irregular de personas, de acuerdo con las modificaciones introducidas en el Código Penal español⁶.

Al señalar el delito, la normativa se refiere a la promoción de la migración irregular, no a la estancia irregular en sí misma; en consecuencia, un migrante puede permanecer en territorio español en situación irregular sin enfrentar cargos penales, aunque las autoridades pueden imponer sanciones administrativas.

⁵ España, Cortes Generales, *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (Boletín Oficial del Estado núm. 10, del 12 de enero de 2000), arts. 53-57.

⁶ España, Cortes Generales, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (Boletín Oficial del Estado núm. 281, del 24 de noviembre de 1995), arts. 312 y 313 (en adelante, Código Penal).

La entrada o estancia irregular de migrantes puede considerarse un agravante en casos de delitos penales cometidos por individuos en situación migratoria irregular; sin embargo, la expulsión de un individuo, citada el artículo 89 CP, solo procederá cuando el sujeto procesado sea considerado una amenaza grave para la seguridad pública.

El Código Penal también establece que, en los supuestos de delitos relacionados con la trata de personas y violación de derechos de trabajadores y derechos fundamentales (arts. 177 bis, 312, 313 y 318 bis CP), no se permite la sustitución de penas por expulsión del territorio español⁷. Estos artículos se refieren a acciones que involucran el beneficio económico a partir de la trata de seres humanos y la vulneración de sus derechos fundamentales, así como los derechos de los trabajadores. Por lo tanto, las penas de prisión impuestas a ciudadanos extranjeros por más de un año pueden ser reemplazadas por la expulsión del país⁸.

Se destaca que la estancia irregular en sí misma no constituye un delito, a diferencia de la promoción de la migración irregular y la violación de los derechos de los extranjeros en España, por lo que la expulsión de extranjero quedará a consideración del tribunal competente.

La diferencia radica en que la trata de personas implica una serie de acciones destinadas a la explotación humana, mientras que el tráfico ilegal involucra al migrante en transacciones económicas que pueden incluir falsificación de documentos, manipulación de datos oficiales y otros delitos⁹.

Por otro lado, en el tráfico ilícito, el migrante participa con pleno conocimiento en un proceso de transacciones económicas que involucran una amplia gama de actividades delictivas, como la creación de documentos falsos, la manipulación de información oficial, el soborno y el desempeño de un papel facilitador en la infracción de normas y procedimientos administrativos.

La trata de personas no solo puede presentarse en contextos rurales, pues también se manifiesta en entornos urbanos, en particular en la transición de zonas rurales a urbanas; en contraste, el tráfico ilícito se caracteriza por su naturaleza transnacional,

⁷ España, Cortes Generales, *Código Penal*, arts. 89.9, 177 bis, 312, 313 y 318 bis.

⁸ España, Cortes Generales, *Código Penal*, art. 89.1.

⁹ Edison Calahorrano Latorre, "El delito de tráfico ilícito de migrantes desde el principio de proporcionalidad: un análisis comparado de los casos chileno, español y ecuatoriano", *Revista Republicana*, núm. 29 (2020): 50.

basada en las facilidades ofrecidas para cruzar las fronteras de manera irregular; es una irregularidad existente en diversos entornos donde el marco jurídico regulatorio de cada país tiene particularidades que afectan el procesamiento de hechos delictivos.

La comisión de cualquiera de estos delitos está influenciada por factores desencadenantes y el entorno delictivo en el que se producen¹⁰. Esto sugiere que la decisión de cometer un delito está condicionada por situaciones específicas y no por la mera circunstancia de la migración irregular. La sociedad tiene gran influencia en el entorno del migrante y, por ende, en el escenario jurídico en el que se encuentran¹¹. Esta probabilidad aumenta dependiendo de condiciones emocionales, intereses y necesidades particulares; factores similares a los que se observan en el síndrome del estrés crónico y múltiple, el malestar emocional y las condiciones de salud mental comunes en los inmigrantes¹²; por lo cual, la perpetración de un delito generalmente es el resultado de una mezcla de factores como falta de oportunidades, exclusión social, problemas de salud mental, pobreza y escasez de oportunidades.

Diversas investigaciones apuntan a la migración irregular como un factor que contribuye al aumento de víctimas de delitos¹³, así como la relación entre migración irregular y la percepción de inseguridad en lugar de la comisión de delitos¹⁴. Al final son las barreras de la integración social las que pueden aumentar la probabilidad de que un inmigrante cometa un delito. Cuando no le es posible obtener una regularización rápida de su estatus migratorio y tiene necesidades económicas previsibles es más probable que recurra a la economía sumergida o a vías irregulares para conseguir ingresos.

Alcance y efecto del régimen migratorio sobre los delitos penales

El ordenamiento español establece sanciones y penas frente a las faltas y los delitos cometidos en España. Los extranjeros no se encuentran exentos de su cumplimiento; sin embargo, abunda la bibliografía que asocia las migraciones irregulares con el índice delictivo en España, así como la afectación a la seguridad.

¹⁰ Pedro Campoy Torrente y Lucia Summers, “Los precipitadores situacionales del delito: otra mirada a la interacción persona-ambiente”, *Criminalidad* 57, núm. 3 (2015): 44,

¹¹ Germán Silva García, “¿El derecho es puro cuento? Análisis crítico de la sociología jurídica integral”, *Novum Jus* 16 núm. 2 (2022): 62.

¹² Alfonso Urzúa M. et al., “Salud mental y estrés por aculturación en inmigrantes sudamericanos en el norte de Chile”, *Revista Médica de Chile* 144 núm. 5 (2016): 564.

¹³ Brian Knight y Ana María Tribin, “Immigration and Violent Crime: Evidence from the Colombia Venezuela Border”, *Journal of Development Economics*, 162 (2023).

¹⁴ Nicolás Ajzenman et al., “Immigration, Crime, and Crime (Mis)Perceptions”, *SSRN* (2022): 7.

España destina gran parte de los presupuestos del Estado, así como ayudas de los fondos europeos, al diseño y a la materialización de programas y estrategias proteccionistas ante la migración irregular, argumentando problemas asociados a derechos humanos, seguridad de Estado y situaciones económicas, sociales y culturales, entre otras. No obstante, de acuerdo con los informes anuales del Ministerio de Trabajo y Economía Social¹⁵, del Ministerio de Inclusión Social y Migraciones¹⁶ y del Ministerio del Interior¹⁷, el porcentaje de aprobación de las solicitudes de regulación del estatus migratorio en España son del 87,33 % para los solicitantes de residencia y trabajo con fines económicos y del 4,17 % en los casos de solicitudes de refugio y protección internacional; la inferior es solicitada generalmente por las migraciones masivas. Al no ser aprobadas devienen en estatus jurídico irregular del migrante y tienen incidencia en la ejecución de las penas.

La incidencia del estatus migratorio irregular sobre determinados delitos

Los delitos asociados a la falsedad documental suelen ir asociados a otros delitos más graves, como la promoción de la inmigración irregular, estafas y la trata de seres humanos¹⁸. Por eso, el dilema es prevenir los flujos migratorios masivos o mantener la seguridad de los ciudadanos en España. En su mayoría, la doctrina ha entendido el control de los flujos migratorios como un valor social destinado a prevenir delitos, reiterado, por ejemplo, en la STS núm. 536/2016, de 17 de junio, al señalar: “[...] todo ello con la finalidad de respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios” y la STS núm. 512/2016, del 10 de junio, conforme a la STS núm. 482/2016, del 3 de junio: “[...] sancionándose esencialmente la vulneración de la normativa reguladora de la entrada, tránsito o permanencia de extranjeros en el territorio de la Unión (Directiva 2002/90/CE, del 28 de noviembre, y Decisión Marco 2002/946/JAI)”.

El Tribunal Supremo también pretende evitar interpretaciones erróneas, relativas a la protección colateral de los derechos de los extranjeros en el caso de grave peligro para la vida o integridad física. Por ejemplo, la STS núm. 536/2016, del 17 de junio, señala: “[...] y solo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, se atiende además al bien jurídico pregonado en la

¹⁵ Ministerio de Trabajo y Economía Social, “Estadística de Autorizaciones de Trabajo a Extranjeros”.

¹⁶ Observatorio Permanente de la Inmigración [OPI], “Estadísticas”, consultado el 18 de septiembre de 2023.

¹⁷ <https://proteccion-asilo.interior.gob.es/es/inicio/>

¹⁸ Son relativos a las garantías de vida, libertad, salud, integridad, dignidad, integridad y derechos humanos.

rúbrica del título, como delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, y la STS núm. 482/2016, del 3 de junio: “[...] sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral”.

La normativa y la jurisprudencia parecieran estar en dos líneas inmiscibles: por un lado, la protección de los derechos humanos de los migrantes y, por otro, la protección del derecho penal como *ultima ratio* para su aplicación en los casos que lo requiera, no en las infracciones administrativas.

La expulsión de extranjeros del territorio nacional, desde un punto de vista jurídico y político, se consolida como una medida imperativa para salvaguardar los derechos y la seguridad de los ciudadanos y residentes en el territorio; el Estado tiene el derecho y el deber de controlar y regular la presencia de extranjeros, en especial de aquellos que representan un riesgo para la tranquilidad pública. No obstante, la expulsión judicial de extranjeros no está exenta de profundos debates; uno de los principales argumentos discutidos es que podría ser una medida extremadamente rigurosa, sobre todo en situaciones donde el individuo tiene arraigo en España y su expulsión acarrearía la separación del círculo familiar o la interrupción de su trayectoria laboral. Adicionalmente, el riesgo asociado con la expulsión podría desencadenar situaciones de vulnerabilidad o persecución en el país de origen del extranjero, más significativo en el caso de personas provenientes de países con elevados índices de violencia o inestabilidad política, donde podrían enfrentarse a represalias o peligros severos al ser repatriados. De acuerdo con Valero Matas¹⁹, existen estudios que señalan la inestabilidad jurídica, la deficiencia de las infraestructuras del Estado y los problemas de seguridad en los países de origen como principales motivos de las migraciones hacia España.

La expulsión de los migrantes por la materialización de delitos establecidos en el Código Penal también ha sido un tema polémico, ya que la imposibilidad de residir y trabajar en ausencia de los requisitos para la obtención del respectivo permiso de residencia y trabajo inducen al migrante a optar por mecanismos alternativos para garantizar su sustento económico individual o familiar. En palabras de Recio Juárez²⁰, difícilmente podrá un extranjero irregular subsistir en España si no acude a la comisión de ilícitos, puesto que no está en condiciones de obtener un permiso de trabajo.

¹⁹ Jesús Alberto Valero-Matas et al., “Análisis de la inmigración en España y la crisis económica”, *Papeles de población* 20, núm. 80 (2014): 2.

²⁰ Matías Recio Juárez, *La expulsión de extranjeros en el procesal penal* (Dykinson SL, 2016), 208.

De la interpretación al párrafo anterior y en consideración del porcentaje de aprobación de las solicitudes de regularización del estatus migratorio de extranjeros en España descrito en el alcance y efecto del régimen migratorio sobre los delitos penales se desprenden tres posibles escenarios: i) que las solicitudes de regularización de estatus jurídico de migrantes se hayan logrado por medio de recursos varios tras su denegación; ii) el conocimiento del Estado sobre la permanencia de migrantes en el territorio español con estatus jurídico-migratorio irregular, y iii) dada la inestabilidad jurídica y la deficiencia de las infraestructuras del Estado en los países de origen de los migrantes, que exista la posibilidad de optar por la falsedad documental para garantizar la subsistencia en el territorio español.

Planteamiento

La falsificación de documentos suele manifestarse en contextos delictivos relacionados con la trata de personas y el tráfico irregular. Las fuentes doctrinales del derecho de diversos países comparten la forma de describir la falsificación de documentos. Este delito se integra dentro del concepto más amplio de “fraude”²¹ o “comisión de falsedad en un documento”. Existe un alto riesgo de que se cometa en procesos migratorios, debido a la presencia de información intencionadamente incorrecta o falsa en beneficio de terceros, por variados motivos.

Este tipo de falsificación de documentos se encuentra tipificado como delito en las leyes españolas, que conlleva la imposición de sanciones penales a aquellos individuos que crean un documento falso, alteran su autenticidad, elaboran un documento inauténtico o falsifican su contenido con el propósito de obtener beneficios indebidos.

Un elemento común en todos los delitos de falsificación es la presencia del “dolo falsario”, que se produce cuando el autor está consciente de los aspectos objetivos del delito y sabe que el documento que suscribe contiene afirmaciones que no son verdaderas.

El dolo falsario implica que el individuo modifica intencionalmente la verdad mediante la alteración o suposición de información en un documento y socava la confianza que la sociedad deposita en la veracidad de los documentos, que se espera que reflejen fielmente lo que contienen, expresan o prueban, por lo que la posesión de herramientas para tal fin también es un hecho punible²².

²¹ Luis Emilio Rojas Aguirre, “Falsedad documental como delito de engaño”, *Revista chilena de derecho* 41, núm. 2 (2014): 547.

²² España, Cortes Generales, *Código Penal*, art. 400.

El delito de la falsedad documental

Falsedad de documento público

Existen cuatro posibilidades comisivas en las falsedades de documentos públicos:

—**Falsedad de documento público (art. 390 CP)**. El artículo determina sanciones desde inhabilitación de funciones hasta penas de prisión de seis años a los funcionarios y los religiosos que alteren cualquier documento, simulen error en su autenticidad o falseen la verdad; entendido por documento público todo aquel expedido por notarios, funcionarios o empleados en función de las responsabilidades atribuidas²³. Los delitos de falsedad requieren de la mutación de la verdad e inducir la autenticidad y veracidad en un documento que no lo es.

El autor debe ser autoridad, funcionario²⁴ o responsable de cualquier confesión religiosa (LO 7/80, de 5 de julio, de Libertad religiosa; Leyes 24, 25 y 26, todas de 10 de noviembre de 1992, sobre efectos civiles de matrimonios celebrados por distintas confesiones religiosas). El autor debe estar en el ejercicio de las funciones legalmente encomendadas y hacer mal uso de ellas: un empleo falsario.

—**Falsedades imprudentes (art. 391 CP)**. Establece pena de multa y suspensión de empleo de seis meses a un año y requiere que:

- a. La acción se contraiga a las señaladas en el artículo 390 CP.
- b. Sea cometido por funcionario que, con su actuación, comete la falsedad o da lugar a que otro la cometa, sea este segundo funcionario o no.
- c. Haya sido cometida con imprudencia grave, entendida como la cometida por quien omite sus funciones.

—**Falsedad de documento público cometida por particular (art. 392 CP)**. Al particular que comete las falsedades ya señaladas en documento público, oficial o mercantil, se le impondrá la pena de prisión hasta de tres años y multa hasta de doce meses.

²³ España, Cortes Generales, *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid* núm. 206, del 25 de julio de 1889), art. 1216.

²⁴ España, Cortes Generales, *Código Penal*, art. 24.1.

Este delito de la acción falsaria está señalado en el artículo 390 CP. El autor de la falsedad es un particular o un funcionario que actúa en condición de particular.

—**Uso de documento público falso (art. 393 CP)**. Señala el ordenamiento que el empleo de documentos en conocimiento de falsedad será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores, siempre que se demuestre que el sujeto activo es consciente de que el documento que usa es falso.

Falsedades en documentos privados

—**Falsedad en documento privado (art. 395 CP)**. Establece pena de prisión de hasta dos años a quien cometa alguna falsedad para perjudicar a terceros.

—**Uso de documento privado falso (art. 396 CP)**. Dispone pena inferior en grado a la establecida a los falsificadores, siempre que empleen un documento en juicio o para perjudicar a otro, a sabiendas de su falsedad, lo logren o no.

—**Certificación falsa (arts. 397, 398 y 399 CP)**. Para el facultativo que emita un documento falso instituye desde multa de doce meses y suspensión hasta de dos años; si es funcionario, suspensión de seis meses a dos años; si es un certificado señalado en los artículos anteriores, pena de multa de tres a seis meses.

El delito de certificación falsa describe que el certificado es un documento acreditativo de la verdad de un hecho, que lo asegura y lo autentica en regla o en debida forma. La acción consiste, por tanto, en librar certificado falso por facultativo. Además de la interpretación auténtica que del facultativo sanitario realiza el Código Penal²⁵, se debe tener presente que se trata de todo aquel que haya obtenido un título académico que le capacite para certificar específicamente sobre determinadas materias²⁶. Independiente que dicho certificado se use o no posteriormente, la mera actividad es el delito y es punible cualquiera que sea la finalidad perseguida²⁷.

Existen dos tipos privilegiados:

- Expedición de certificado por funcionario, de acuerdo con el artículo 398 CP²⁸, en cuyo supuesto, el certificado no puede tratarse de un documento público.

²⁵ España, Cortes Generales, *Código Penal*, art. 222.

²⁶ España, Cortes Generales, *Código Penal*, art. 303.

²⁷ España, Cortes Generales, *Código Penal*, art. 372.

²⁸ España, Cortes Generales, *Código Penal*, art. 398.

- Falsificación por particular de certificación que deba librar el facultativo o funcionario, de acuerdo con el artículo 399.1 CP²⁹. En este caso, se castiga la conducta de un particular que falsifica o libra cualquier clase de certificación que deba ser expedida por facultativo o funcionario.

—**Uso de certificación falsa (art. 399.2 CP)**. Establece la misma pena al que use certificados en conocimiento de su falsedad. El delito de uso señala que la acción se contrae a usar, esto es, aportar, presentar, esgrimir un certificado falso, a sabiendas de su falsedad.

Delitos contra la administración pública

—**Prevaricación (art. 404 CP)**. Fija pena de inhabilitación especial para cargo público de siete a diez años al funcionario que, a sabiendas de la injusticia, dicte una resolución arbitraria.

La prevaricación es un delito propio, por lo que solo pueden serlo funcionarios y autoridades, así como los órganos colegiados que emitan una decisión, si bien serán responsables del delito aquellos que hubieran votado a favor de la decisión arbitraria.

La acción de “prevaricación” consiste en “dictar”, es decir, dar, expedir o pronunciar una resolución arbitraria; por tanto, no integraría el tipo la conducta inactiva del funcionario que no dicta ninguna resolución, los supuestos de silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado o en caso de falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio, ya que se trata de la emisión de resoluciones.

Se debe dictar una “resolución”, de forma expresa, escrita, oral o tácita, que posea por sí misma un efecto ejecutivo. Dicha resolución debe ser injusta, contraria al ordenamiento jurídico. La injusticia puede venir determinada siempre que:

- El funcionario actúe con absoluta y manifiesta falta de competencia.
- Que la resolución prescinda de elementos formales indispensables
- Que el contenido de la resolución constituya una contradicción con el ordenamiento jurídico patente y manifiesta.

²⁹ España, Cortes Generales, *Código Penal*, art. 399.1.

Por otro lado, debe versar sobre un asunto administrativo, entendido por tal todo el que incida en la esfera del derecho administrativo y se cometa a sabiendas.

—**Abandono de destino (art. 407 CP)**. Dispone pena de prisión hasta de cuatro años e inhabilitación absoluta desde seis hasta diez años, al funcionario o a la autoridad que abandone su destino para no impedir o perseguir delitos inherentes a sus funciones; inclusive abre la posibilidad de la inhabilitación especial hasta por tres años.

Es cometido por funcionarios y autoridades y, entre ellos, los que tienen la responsabilidad de promover la persecución de delitos. El sujeto activo sabe lo que hace y quiere hacerlo.

No es preciso que, con el abandono, se consiga el resultado perseguido, la evitación, la no persecución del delito o la no ejecución de la pena; basta con el mero abandono.

—**Omisión del deber de perseguir delitos (art. 408 CP)**. Define pena de inhabilitación hasta de dos años al funcionario que, intencionalmente, deje de promover la persecución de los delitos de los que tenga conocimiento.

Solo pueden ser sujetos del delito las autoridades y los funcionarios y, entre ellos, los que tienen como obligación de su cargo promover la persecución de delitos.

Al tratarse de un delito asociado a dejar de perseguir, se requiere:

- Que haya conocimiento de la comisión del delito que omite perseguir. Esta omisión debe ser de la investigación del delito o de la persecución de sus autores. Constituye este delito la negativa a recibir una denuncia por parte de una autoridad o un funcionario obligado a recibirla, la no detención del responsable de un delito, la no formulación del atestado, la ilícita puesta en libertad del autor de un delito.
- Que la dejadez lo sea de funciones exigibles al autor atendido su cargo.
- Que cuente con la capacidad de actuar la persecución del delito conocido.

Análisis e interpretación

Después de examinar los delitos asociados con la migración irregular, los elementos necesarios para su configuración y su cotejo con el Código Penal, se observa que la legislación española es explícita en calificar como delito cualquier acción

que facilite la entrada, estancia y salida de una persona, mediante métodos y rutas no conformes a la regulación. Estos métodos incluyen desde el cruce por lugares y puntos no autorizados hasta la utilización de estructuras, medios y recursos que, por evasión o incumplimiento de las normativas, sean empleados con ese propósito.

El Código Penal no considera delito la estancia irregular de inmigrantes, en cambio, prevé la aplicación de medidas alternativas en lugar de condenas de prisión a ciudadanos extranjeros que hubieran sido sentenciados a penas de prisión de un año o más³⁰; existe la posibilidad de que una parte de la pena de prisión sea cumplida dentro del país, siempre a criterio del juez o tribunal.

De hecho, el Código Penal también aborda la evaluación del delito cometido por el extranjero en relación con la conveniencia de la expulsión del país, según diversos factores, como el arraigo del individuo en España. Esto se hace en especial cuando el extranjero representa un riesgo para la seguridad y el orden público, tras considerar los motivos, la gravedad y las circunstancias del delito cometido, su historial y sus características personales³¹.

De acuerdo con la interpretación de la normativa, cualquier condena que exceda un año de prisión puede ser reemplazada por la deportación, siempre que se tomen en cuenta los factores mencionados en el párrafo anterior. La regulación también establece que la expulsión del país resultará en la suspensión de cualquier proceso administrativo relacionado con la regulación del estatus jurídico migratorio. Además, en caso de que el extranjero regrese a España antes del plazo estipulado por el tribunal, se ejecutarán las medidas punitivas sustituidas, a menos que el tribunal decida reducirlas en función del tiempo transcurrido, la infracción en cuestión y las circunstancias que hubieran surgido, siempre y cuando el migrante no hubiera sido interceptado en la frontera.

Sin embargo, esta disposición es diferente para los delitos de trata, explotación y tráfico de inmigrantes, ya que el artículo 98.9 CP, señala que no pueden ser objeto de sustitución en el marco legal español³².

³⁰ España, Cortes Generales, *Código Penal*, art. 89.1.

³¹ España, Cortes Generales, *Código Penal*, art. 89.4.

³² España, Cortes Generales, *Código Penal*, arts. 89.9, 177 bis, 312, 313 y 318.

Por su parte, la ley de extranjería en España dispone que la permanencia no autorizada tampoco es considerada una infracción grave³³, cuyas sanciones corresponden a las multas descritas en el artículo 55 de la mencionada Ley³⁴. De lo anterior se desprende que la comisión del hecho y su detección por parte de las autoridades devienen en una acción administrativa, mediante la apertura de un expediente sancionador que determinará una sanción administrativa (no penal) que podrá ser desde las multas antes señaladas hasta la posible expulsión del territorio español.

La multa como correctivo es una sanción prevista con carácter general, mientras que la deportación se estima para casos graves. En caso de que un funcionario detecte la presencia de esta falta debe trasladar al extranjero hasta la comisaría con competencia migratoria y, tras un período de detención máximo de 72 horas³⁵, debe ser dejado en libertad o a disposición judicial³⁶.

La culminación de la detención preventiva y la liberación no representan el fin del proceso, ya que sigue en curso el expediente sancionador por la infracción detectada. Al tratarse de una estancia irregular, de acuerdo con el procedimiento sancionatorio, se fijará la aplicación de multa o deportación, según los mecanismos establecidos en la Ley de Extranjería; lo contrario sería evidenciar la necesidad de transformar el marco normativo y adaptarlo a las realidades de las amenazas de la seguridad de cualquier Estado³⁷.

Conclusiones

En primer lugar, se aprecia que la legislación española en materia penal no contempla la imposición de medidas privativas de libertad a los inmigrantes que se encuentren en España con estatus migratorio irregular; solo instituye multas por la infracción administrativa de la estancia irregular en territorio español, excepto que se demuestre el riesgo para el orden y la seguridad pública que representa el inmigrante en condición irregular para España; aquello requerirá de su expulsión,

³³ España, Cortes Generales, *Ley Orgánica 4/2000*, art. 53.1.

³⁴ España, Cortes Generales, *Ley Orgánica 4/2000*, art. 55.1.

³⁵ España, *Constitución Española (Boletín Oficial del Estado* núm. 311, del 29 de diciembre de 1978), art. 17.2.

³⁶ España, Cortes Generales, *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Gaceta de Madrid* núm. 260, del 17 de septiembre de 1882), art. 520.1.

³⁷ Paola Sierra Zamora et al., "Modernización y reestructuración de la seguridad y defensa nacional: análisis propositivo para una ley de seguridad y defensa en Colombia", en *Evaluación jurídica de la seguridad y defensa nacional como política de Estado*, ed. Paola Alexandra Sierra-Zamora y Manuel Bermúdez-Tapia (Planeta, 2020), 254.

siempre que no se incumplan los lapsos señalados para tal fin. Esto demuestra la preferencia de la normativa por la expulsión, en lugar de la privativa de libertad para inmigrantes infractores, o que la Administración General del Estado trata de enmendar un error de sus propias instituciones³⁸, lo que precisa una urgente adecuación al marco regulatorio.

En segundo lugar, en el caso de que un extranjero cometiera algún delito o una infracción en el territorio nacional, de acuerdo con el reglamento de la Ley de Extranjería, la Administración dispondrá de hasta seis meses para resolver y notificar la decisión de la sanción de multa o expulsión del territorio nacional; una vez vencido este período y sin la debida notificación, se producirá el archivo de las actuaciones por la caducidad del procedimiento, bien sea de oficio o por solicitud de las partes interesadas.

En tercer lugar, es imprescindible mejorar la eficiencia de la Administración del Estado, ya que la dilación de la gestión del expediente sancionatorio representará no solo su caducidad y archivo, sino la permanencia del extranjero en condición irregular dentro del territorio nacional; por ello, de manera exclusiva, la irregularidad del estatus jurídico y administrativo de los migrantes, hasta ahora, recae en la eficiencia de su gestión por parte del Estado. Ahora bien, habida la eficiencia del Estado en la regularización del estatus migratorio de los extranjeros, puede la Administración imponer penas privativas de libertad, siempre que dicho extranjero hubiera tenido una residencia regular en los últimos cinco años antes de su detención.

En cuarto lugar, respecto a la perpetración de los delitos relacionados con la trata, el tráfico y la explotación de seres humanos, la figura responsable como autor o cómplice en la realización de estas acciones es aquella que colabora, participa o promueve actividades vinculadas a la migración irregular. En este contexto, las víctimas de estos delitos no incurrir en responsabilidad penal; sin embargo, en el caso de la estancia irregular, el sujeto activo es el propio migrante.

En quinto lugar, respecto a la comisión de los delitos de falsificación de documentos, se ha constatado que su relación con la migración irregular radica en la elevada posibilidad y hechos notorios de crear, modificar, falsificar o emplear documentos fraudulentos con el fin de engañar o causar perjuicio. Este tipo de delito puede ser

³⁸ Giuseppe Gangi Guillén, “La migración venezolana en España: protección internacional, inclusión social y errores de la administración general del Estado”, en *An Exploration of Socio-cultural and Linguistic Issues for a Sustainable Migration in the Global North*, dir. Carlos Espaliú Berdud (Aranzadi, 2023), 238.

perpetrado tanto por individuos particulares como por funcionarios, ya sea como autores o destinatarios de la falsificación. Por lo tanto, la migración irregular no es el factor determinante en su comisión, sino la ausencia de elementos de identificación regular, lo que sí es de competencia exclusiva de España como Estado receptor.

En sexto lugar, las consecuencias propias del anonimato, materializadas en los documentos falsificados, convierten esta actividad en una acción ilícita en entornos de comportamientos delictivos, quizá con el apoyo de personas que se encuentran en diferentes países; cuando la misma actividad delictiva tiene efectos en más de un Estado, se considera delincuencia organizada transnacional.

Tras las conclusiones anteriores, se puede afirmar que, en España, la migración irregular no es un delito perseguido por las instituciones del Estado; el delito se constituye en las diversas formas de promoción de la migración irregular, cuya naturaleza funcional se define en sí misma como una actividad propia del crimen organizado.

Dada la falta de adecuación del régimen migratorio español a las situaciones actuales, se considera irreflexivo acudir a la falsedad documental con la finalidad de regularizar el estatus jurídico de los migrantes. Un régimen migratorio eficiente, que permita la expedita regularización del estatus jurídico de los extranjeros en el territorio nacional, tiene también un carácter disuasorio, ya que, al existir mecanismos eficientes de identificación, la dificultad sería mantener el anonimato.

Referencias

- Ajzenman, Nicolás, Dominguez, Patricio y Undurraga, Raimundo. "Immigration, Crime, and Crime (Mis)Perceptions". *SSRN* (2022): 1-72.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4258034
- Calahorrano Latorre, Edison. "El delito de tráfico ilícito de migrantes desde el principio de proporcionalidad: un análisis comparado de los casos chileno, español y ecuatoriano". *Revista Republicana*, núm. 29 (2020): 47-68.
<https://doi.org/10.21017/rev.repub.2020.v29.a86>
- Campoy Torrente, Pedro y Lucia Summers. "Los precipitadores situacionales del delito: otra mirada a la interacción persona-ambiente". *Criminalidad* 57, núm. 3 (2015): 41-58.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082015000300004&lng=en&tlng=es

- Cuberos-Gallardo, Francisco José, Angels Escrivà, y Anastasia Bermúdez. “Nuevos migrantes españoles en la capital de Europa: estrategias de movilidad, inserción laboral y participación política”. *Migraciones Internacionales* 14 (2023): 1-22.
<https://doi.org/10.33679/rmi.v1i1.2636>
- Díaz Galán, Elena C. “El Acuerdo de paz para Colombia. Un singular mecanismo de consolidación de la paz”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 21 (2021): 933-61.
<https://doi.org/10.22201/ij.24487872e.2021.21.15614>
- España, Cortes Generales. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado núm. 281, del 24 de noviembre de 1995.
- España, Cortes Generales. *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Boletín Oficial del Estado núm. 10, del 12 de enero de 2000.
- España, Cortes Generales. *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. *Gaceta de Madrid* núm. 260, del 17 de septiembre de 1882.
- España, Cortes Generales. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. *Gaceta de Madrid* núm. 206, del 25 de julio de 1889.
- España. *Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado núm. 311, del 29 de diciembre de 1978.
- Gangi Guillén, Giuseppe. “La migración venezolana en España: protección internacional, inclusión social y errores de la administración general del Estado”. En *An Exploration of Socio-cultural and Linguistic Issues for a Sustainable Migration in the Global North*, dirigido por Carlos Espaliú Berdud. Aranzadi, 2023.
- Knight, Brian y Ana María Tribin. “Immigration and Violent Crime: Evidence from the Colombia Venezuela Border”. *Journal of Development Economics*, 162 (2023).
<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S030438782200181X>
- Ministerio de Trabajo y Economía Social. “Estadística de Autorizaciones de Trabajo a Extranjeros”. Consultado el 18 de septiembre de 2023.
https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/Inmigracion_emigracion/PTE/welcome.htm#
- Navas-Camargo, Fernanda. “El Sur Global y la realidad social de América Latina: hacia la construcción de nuevos paradigmas”. *Novum Jus* 14, núm. 2 (2020): 11-21.
<https://doi.org/10.14718/novumjus.2020.14.2.1>
- Observatorio Permanente de la Inmigración [OPI]. “Estadísticas”. Consultado el 18 de septiembre de 2023. <https://www.inclusion.gob.es/web/opi>
- Oroza Busutil, Rebeca y Yoannis Puente Márquez. “La crisis migratoria en el Mediterráneo y la Unión Europea: principales políticas y medidas antinmigrantes”. *Novedades en Población* 13, núm. 26 (2017).
http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1817-40782017000200001&lng=es&tlng=es

- Recio Juárez, Matías. *La expulsión de extranjeros en el procesal penal*. Dykinson SL, 2016.
- Rojas Aguirre, Luis Emilio. “Falsedad documental como delito de engaño”. *Revista chilena de derecho* 41, núm. 2 (2014): 523-54.
- Sierra Zamora, Paola, Tania Fonseca Ortiz y Jean Carlo Mejía Azuero. “Modernización y reestructuración de la seguridad y defensa nacional: Análisis propositivo para una ley de seguridad y defensa en Colombia”. En *Evaluación jurídica de la seguridad y defensa nacional como política de Estado*, editado por Paola Alexandra Sierra-Zamora y Manuel Bermúdez-Tapia. Planeta, 2020.
- Silva García, Germán. “¿El derecho es puro cuento? Análisis crítico de la sociología jurídica integral”. *Novum Jus* 16 núm. 2 (2022): 49-75. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.2.3>
- Urzúa M., Alfonso, Osvaldo Heredia B. y Alejandra Caqueo-Urizar. “Salud mental y estrés por aculturación en inmigrantes sudamericanos en el norte de Chile”. *Revista Médica de Chile* 144 núm. 5 (2016): 563-70. <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872016000500002>
- Valero-Matas, Jesús Alberto, Juan Romay Coca e Irene Valero-Oteo. “Análisis de la inmigración en España y la crisis económica”. *Papeles de población* 20, núm. 80 (2014): 9-45. <https://www.scielo.org.mx/pdf/pp/v20n80/v20n80a2.pdf>