

LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS ET L'IMMIGRATION CLANDESTINE EN ESPAGNE : RÉFLÉCHISSENT-ELLES LES PRÉVISIONS DES NATIONS UNIES ET DE L'UNION EUROPÉENNE?

Maria Jesús GUARDIOLA LAGO *

Introduction

L'expression « l'histoire est l'histoire des émigrations » est une affirmation courante. Néanmoins, l'actuelle orientation des flux migratoires et les changements quantitatifs et qualitatifs qui se sont produits dans ce domaine, ont suscité des nouveaux défis qui affectent plusieurs disciplines. À l'heure actuelle, la communauté internationale prête beaucoup d'attention aux phénomènes de traite des êtres humains et de trafic illicite de migrants en tant que menace -que ce soit pour les droits les plus fondamentaux des immigrants que pour faire face à un sentiment d'insécurité dans les territoires d'accueil¹. Dans cet article nous exposerons la législation internationale et européenne qui prétend harmoniser les normes pénales des Etats ainsi que les normes espagnoles qui sanctionnent ces comportements. L'objectif est d'analyser dans quelle mesure la législation pénale espagnole s'adapte aux prévisions des Nations Unies et de l'Union Européenne, tout en construisant une réflexion globale de politique criminelle et *de lege ferenda*.

I. Instruments supranationaux envisageant l'harmonisation

L'importance de plus en plus croissante des phénomènes de la traite des êtres humains et de l'immigration illégale est à l'origine, dernièrement, de l'intervention de nombreuses organisations internationales (Nations Unies, Conseil de l'Europe, OIM, OIT, OSCE, entre autres). Leur objectif est de protéger au niveau international les droits fondamentaux des victimes de trafic de personnes et

* Post-doctorante, Université de Liège. Je tiens à remercier la Dr. Bénédicte Real pour la correction du texte en français.

¹ Vid., pour tous, WIHTOL DE WENDEN, C.: *Faut-il ouvrir les frontières?*, Paris, Presses de Sciences Po., 1999.

d'exploitation, ainsi que d'établir des bases communes pour la prévention et punition de ces conduites. La nécessité d'une harmonisation dans ce domaine est déterminée par la fréquente implication de différents pays dans la commission du délit -pays d'origine, de passage et de destination- et sa réalisation par la criminalité organisée transnationale dans la plus grande partie des cas. Bien qu'il existe de nombreux instruments internationaux, certains remontant au XIXème siècle, nous exposerons uniquement de façon succincte les documents les plus importants des Nations Unies et de l'Union Européenne².

A. Normes internationales : cas particulier des Nations Unies.

Le texte normatif incontournable au niveau international est la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* et ses deux Protocoles, l'un destiné à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants et l'autre contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, textes additionnels à la Convention auparavant mentionnée³. De ces prévisions normatives en découlent deux aspects. D'une part, il peut en être déduit le rapport qui existe entre la criminalité organisée -définie dans l'art. 1 de la Convention- et les délits de traite des personnes et trafic illicite de migrants⁴. D'autre part, il essaie d'adopter une définition des infractions pénales qui vise à établir des critères communs de prévention et punition.

A.1 La traite des personnes

S'agissant du Protocole consacré à la traite des personnes, il a pour objet de prévenir et combattre celle-ci, en accordant une attention particulière aux femmes et aux enfants ; de protéger et d'aider les victimes d'une telle traite en respectant

² Voir la réglementation internationale et européenne, de façon plus approfondie, dans REBOLLO VARGAS, R.: "Normativa internacional" et CUGAT MAURI, M.: "La influencia de la Unión Europea en el modelo de persecución del tráfico de personas del Código Penal Español", dans GARCÍA ARÁN, M.: *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006; PÉREZ ALONSO, E.: "La regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas", dans ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. et al. *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

³ Cette Convention a été ratifiée par l'Espagne en 2003, par l'"Instrumento de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000" (BOE, de 19 de septiembre de 2003).

⁴ Il a été établi que les deux Protocoles additionnels à la Convention de Nations Unies doivent être interprétés conjointement avec la Convention (Art. 1.1 du *Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*; Art. 1.1 du *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer*) de sorte que les dispositions de la Convention s'appliquent *mutatis mutandis* à ces derniers (Art. 1.2 des deux Protocoles). Cfr. Rosi, E.: "La tratta di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali", *Opinioni e Documenti, Casazione Penale*, 2001.

pleinement leurs droits fondamentaux et de promouvoir la coopération entre les États Parties en vue d'atteindre ces objectifs⁵. En ce qui concerne la première des finalités de ce Protocole, et en particulier au sujet du travail ici exposé, il convient de souligner que le texte normatif donne une définition du délit de traite des personnes⁶. À cet égard, les Nations Unies considèrent que l'expression « *traite des personnes* » désigne *le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes*⁷.

Par conséquent, le délit de traite des êtres humains est caractérisé par un captage, un déplacement ou une réception de personnes quand les victimes ne consentent pas ou quand elles souffrent une limitation de leur consentement, lorsque nécessairement la réalisation d'un tel comportement a comme objectif la soumission future de la victime à exploitation. Par contre, s'agissant des enfants⁸

⁵ Cfr., Art. 2 du *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*.

⁶ Il semble que la définition du délit de traite de personnes ait été la question la plus polémique. Vid., JANICE, G.: “Guía para el nuevo Protocolo de Naciones Unidas sobre el tráfico de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional”, <http://www.isis.cl/temas/vi/doc/traficoguia2001.doc>

⁷ Art. 3 du Protocole. De plus, l'art. 5 du même Protocole établit le devoir que les États parties ont de typifier aussi comme infraction pénale la tentative, la complicité et l'organisation de la commission de ces infractions ou le fait de donner des instructions à d'autres personnes pour qu'elles les commettent. Une définition identique du délit de traite de personnes a été établie par la *Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains* (CM (2005) 32 Addendum 1, 3 mai 2005 (cfr. art. 4), même s'il existe quelques variations dans les circonstances aggravantes (vid. art. 24). On doit souligner une plus grande précision des peines par rapport aux Nations Unies, puisque la Convention spécifie que pour les personnes physiques la peine d'emprisonnement doit pouvoir donner lieu à extradition (art. 23 de la Convention). Néanmoins, en ce qui concerne l'effectivité de la Convention, l'Union Européenne dénonce la faible ratification de celle-ci, puisqu'à l'heure actuelle seulement un État l'a fait.

⁸ Le terme “enfant” désigne toute personne âgée de moins de 18 ans (art. 3 d) du Protocole). Cette fixation de la majorité d'âge à 18 ans coïncide avec d'autres documents internationaux en la matière. Cfr. art. 1 *Convention relative aux droits de l'enfant*, du 20 novembre 1989.

victimes de traite, on devra aussi vérifier le but de l'exploitation, sans leur consentement soit pertinent⁹. Dans ce sens, il convient de mettre en évidence l'attaque à la liberté de décision de la victime dans les cas de traite sexuelle. Cette appréciation semble s'éloigner de la position abolitionniste, soutenue par la *Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui*¹⁰. C'est peut-être à cause des différentes positions des États dans ce domaine¹¹ et de l'actuelle inefficacité de cette Convention¹², que les Nations Unies ont finalement considéré plus opportune l'adoption d'une définition de la traite d'êtres humains qui puisse être aussi compatible avec un système de réglementation de la prostitution¹³ et un concept d'exploitation sexuelle non seulement limitée à la prostitution.

On doit par ailleurs souligner que, s'agissant du délit de traite des personnes, il ne faut pas que la victime franchisse une frontière internationale¹⁴. La traite de

⁹ Cfr., art. 3 c) du Protocole.

¹⁰ Des organismes de Nations Unies avaient recommandé que le Protocole des Nations Unies ne soit pas en contradiction avec la *Convention pour la répression de la traite des êtres humains et l'exploitation de la prostitution d'autrui*. Dans ce sens, le Conseil Économique et Social des Nations Unies a affirmé "...qu'il était indispensable d'inclure dans la définition la notion d'incitation, la référence à la prostitution ou l'exploitation sexuelle, ainsi que le rappel du trafic commis, que la victime y ait ou non consenti. Le nouvel instrument en rédaction à Vienne ne devait pas affaiblir les dispositions internationales existantes" (Rapport du Groupe de Travail des formes contemporaines d'esclavage dans sa vingt-cinquième session (E./CN.4/Sub.2/2000/23, du 21 juillet 2000, p. 83).

¹¹ Sur les différentes options de politique criminelle et les législations de plusieurs États de l'Union Européenne, vid., TAMARIT SUMALLA, J.M./ TORRES ROSELL, N./ GUARDIOLA LAGO, M.J.: "¿Es posible una política criminal europea sobre prostitución?", *RDPP*, nº 15, 2006.

¹² Dernièrement des documents internationaux ont souligné le manque de ratifications de cette Convention. On détecte aussi le manque d'adéquation à la réalité actuelle de celle-ci, car des nouvelles formes d'exploitation sexuelle non couvertes par la Convention apparaissent.

¹³ "Il conviendrait d'indiquer dans les travaux préparatoires que le Protocole traite la question de l'exploitation de la prostitution d'autrui et d'autres formes d'exploitation sexuelle uniquement dans le contexte de la traite des personnes. Il ne définit ni les termes « exploitation de la prostitution d'autrui » ni les termes « autres formes d'exploitation sexuelle ». Il n'a donc pas d'incidences sur la façon dont les États parties traitent la question de la prostitution dans leur droit interne" (Assemblée Générale des Nations Unies. Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite de personnes, en particulier des femmes et des enfants (A/55/383/Add. 1).

¹⁴ Cfr., De LEÓN VILLALBA, F.J.: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 31; RAYMOND JANYCE, G.: "Guía para el nuevo Protocolo...", cit.

personnes, quelle qu'elle soit, à l'intérieur d'un pays, quand la liberté de décision de la victime est affectée et qu'il existe chez l'auteur un but d'exploitation, est donc punissable. De même, si la victime passe une frontière, il est indifférent que l'entrée dans un autre pays soit légale ou illégale. Dans le cas d'une entrée illégale, les personnes transférées sont toujours considérées des victimes de traite et un ensemble de mesures de protection et d'assistance sont établies pour elles¹⁵.

Par conséquent, les organisations internationales orientent la traite d'êtres humains vers la protection des droits fondamentaux des victimes, ces dernières étant réduites par leurs trafiquants à des «marchandises». De cette façon, il est réitéré dans de nombreux documents que ces pratiques portent atteinte à la dignité et la sécurité des personnes et constituent une violation de leurs droits les plus fondamentaux. La persécution pénale des trafiquants de personnes et la nécessité manifestée par les organismes internationaux d'adopter des mesures qui protègent et assistent ces victimes est la façon de parvenir à ce que le trafic des êtres humains ne se réduise pas à un problème de migration, d'ordre public ou de délinquance transnationale.

A.2. Le trafic illicite de migrants.

Le deuxième Protocole additionnel à la *Convention des Nations Unies contre la Criminalité transnationale* organisée se réfère à ce que la communauté internationale appelle couramment *smuggling of migrants*¹⁶. Ce Protocole a comme objectif de prévenir et combattre le trafic illicite de migrants, ainsi que de promouvoir la coopération entre les États Parties à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants objet de tel trafic (art. 2). Pour y parvenir, les Nations Unies établissent une définition de "trafic illicite de migrants" qui "désigne le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État"¹⁷. Par conséquent, les Nations Unies cherchent à sanctionner les conduites de ceux qui, dans un but lucratif, assurent le franchissement des frontières à des personnes d'origine étrangère, qui ne réunissent pas les conditions légales d'accès au territoire d'accueil. Le Protocole oblige alors chaque État Partie à considérer comme infraction pénale la réalisation intentionnelle et lucrative du trafic illicite de migrants, ainsi que d'autres actes qui ont pour but la réalisation de ce trafic, tels que la fabrication d'un document de voyage ou d'identité frauduleux ou le fait de

¹⁵ Vid. sur ces mesures, arts. 6 et ss. du Protocole.

¹⁶ Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (New York, 15 novembre 2000).

¹⁷ Art. 3 a) du Protocole.

procurer, de fournir ou de posséder un tel document¹⁸. De même, on doit typifier aussi comme infraction pénale le fait de permettre à une personne de demeurer dans un État, sans satisfaire aux conditions nécessaires pour un séjour légal, lorsqu'existe un but lucratif et s'utilisent des moyens illégaux, tels que la falsification de documents, entre autres¹⁹. Par ailleurs, le fait de mettre en danger ou de risquer de mettre en danger la vie ou la sécurité des migrants concernés; ou de les soumettre à un traitement inhumain ou dégradant, y compris pour l'exploitation, sont constitutifs de circonstances aggravantes²⁰.

En définitive, pour les Nations Unies, les éléments basiques du trafic illicite de migrants sont au nombre de deux: l'illégalité de l'entrée dans un autre pays et la poursuite d'un avantage financier ou un autre avantage matériel. Ce dernier élément doit également être le but de l'auteur qui permet à une personne de demeurer illégalement dans le pays d'accueil, en plus de l'existence d'un moyen illégal.

L'illégalité du trafic ou du séjour est par ailleurs un élément qui diffère du concept de traite des êtres humains précédemment abordé. Avec cette notion, nous pouvons considérer que le Protocole contre le trafic illicite de migrants vise à la protection de la politique migratoire des Etats Parties et, en dernier ressort, celle de la sécurité des pays d'accueil. Mais il y a d'autres éléments qui nous permettent de remettre en cause le fait que cet intérêt soit le seul que le Protocole protège. Nous avons déjà exposé que le Protocole déclare comme l'un de ses objectifs la protection des "*droits des migrants objet du tel trafic*". Même si les migrants n'ont pas un traitement formel de "victimes", ils "*ne deviennent pas passibles de poursuites pénales en vertu du présent Protocole, du fait qu'ils ont été l'objet des actes énoncés à son article 6*"²¹. Par ailleurs, la nécessité d'un but lucratif en ce qui concerne trafic illicite et le séjour illégale pourrait nous suggérer que les migrants souffrent des fréquents abus, en prenant en compte la situation de précarité économique dans laquelle ils vivent normalement dans leurs pays d'origine. Le but lucratif sert aussi à exclure les activités de ceux qui aident les migrants pour des raisons humanitaires ou pour des liens familiaux. Enfin, les circonstances aggravantes se rapportent aussi à la protection des migrants.

¹⁸ Art. 6.1 a) et b) du Protocole.

¹⁹ Cfr. art. 6.1 c) du Protocole.

²⁰ Ces circonstances aggravantes s'établissent uniquement pour les infractions établies aux alinéas a) b) i) et c) du paragraphe 1 et, sous réserve des concepts fondamentaux du système juridique de chaque État, pour la complicité et pour ceux qui donnent des instructions pour commettre ces délits.

²¹ Cfr., Art. 5 du Protocole.

Comme nous verrons ci-après, le concept équivalent de "trafic illicite de migrants" de l'Union Européenne, c'est à dire, l'immigration clandestine, est un peu plus étendu que celui que nous venons d'analyser.

B. Les normes de l'Union Européenne

La lutte contre la traite des êtres humains et l'immigration illégale constituent une priorité dans l'espace de sécurité de l'Union Européenne. Ces phénomènes ont été qualifiés par les institutions communautaires comme "inquiétants", puisqu'on ne doit pas sous-estimer les implications sociales, économiques et politiques qu'ils engendrent²². La politique migratoire européenne est déterminé par l'*acquis Schengen*, qui supprime les contrôles frontaliers intérieurs et, par conséquent, renforce les extérieurs, ainsi que par le *Traité d'Amsterdam*, qui prétend consolider un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union. La politique européenne sur l'immigration se caractérise par une approche globale et multidisciplinaire, tout en prévoyant un ensemble de mesures préventives et répressives.

Bien que l'activité de l'Union européenne repose sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité²³, elle établit des mesures de caractère préventif et répressif, ayant pour but de parvenir à une gestion ordonnée des flux migratoires. En ce qui concerne l'établissement de mesures coercitives, l'Union souligne le besoin d'harmoniser le droit pénal en matière d'immigration, que ce soit pour les normes qui se rapportent au sens strict à l'immigration illégale que pour celles destinées à punir l'approvisionnement des réseaux d'exploitation des êtres humains²⁴. C'est pour cela que doivent être prévues des sanctions sévères²⁵ et effectives²⁶. En effet, le point 23 du *Conseil Européen de Tampere* de 1999 considérait déjà qu'il "est déterminé à combattre à sa source l'immigration

²² Vid., la *Proposition de plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne* (2002/C 142/02).

²³ Cfr. *Protocole (nº 30) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité* (1997). S'agissant de la traite des êtres humains, vid., considérant n°7 de la Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, du 19 juillet 2002, relative à la lutte contre la traite des êtres humains.

²⁴ Sur la nécessité de combattre ces phénomènes, cfr., entre autres, *Initiative de la République française en vue de l'adoption de la Directive du Conseil visant à définir l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers*. DOCE nº C 253 du 4 septembre 2000.

²⁵ Cfr., *Conseil européen de Tampere. Conclusions de la présidence*, 15 et 16 octobre 1999; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine (COM (2001) 672 final); *Proposition de plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne* (Journal officiel C 142 du 14.06.2002).

²⁶ Vid. *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur une méthode ouverte de coordination de la politique communautaire en matière d'immigration*.

clandestine, notamment en s'attaquant à ceux qui se livrent à la traite des êtres humains et à l'exploitation économique des migrants. Il insiste sur l'adoption de dispositions législatives prévoyant des sanctions sévères pour cette forme grave de criminalité". Cette sévérité s'explique aussi par le besoin de lutter contre la criminalité organisée, un milieu où se déroule une grande partie des délits de traite et de trafic d'êtres humains²⁷.

Les documents européens phares que nous allons analyser sont, par rapport à la traite des êtres humains, la Décision-cadre du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains. En ce qui concerne le « *smuggling of migrants* », la Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002, définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers et la Décision-cadre du Conseil, de la même date, visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers. Notre objectif est d'exposer le seuil minimal de typification et de sanction établi par l'Union pour analyser ensuite jusqu'à quel point le Code pénal espagnol assume ces engagements d'harmonisation.

B.1 La traite des êtres humains.

En ce qui concerne la traite des êtres humains, l'Union Européenne affirme qu'elle constitue une violation grave des droits fondamentaux de la personne et de la dignité humaine²⁸. De même, elle insiste sur l'idée d'axer cette politique européenne sur les droits de l'homme, qui est par ailleurs au cœur même des constitutions nationales²⁹. Vue sous cet angle, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne* interdit la traite des êtres humains³⁰ en vertu du principe de la dignité humaine inviolable³¹. La création d'un groupe consultatif en 2003,

²⁷ Cfr., *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil en vue du Conseil européen de Thessalonique sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier* (COM/2003/0323 final).

²⁸ Cfr. considérant n°3 de la Décision-cadre du Conseil du 19 juillet 2002, et COM (2000) 854 final.

²⁹ Cfr. Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. *Lutter contre la traite des êtres humains -approche intégrée et propositions en vue d'un plan d'action* (COM (2005) 514 final).

³⁰ L'art. 5 alinéa 3 de la *Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne* (2000/C 364/01) établit, dans l' "interdiction de l'esclavage et du travail forcé" que "la traite des êtres humains est interdite".

³¹ La protection de la dignité humaine, conçue comme inviolable, est déjà prévue au Chapitre I de la Charte, qui a pour titre la "Dignité".

« Groupe d'experts sur la traite des êtres humains »³², est la preuve de l'importance qu'ont acquis les délits de traite des êtres humains à l'heure actuelle.

En outre, depuis que ce sujet constitue une priorité au sein de l'Union Européenne, celle-ci a souligné des progrès dans les législations des Etats membres³³. En novembre 1993, le Conseil adopta des recommandations pour lutter contre la traite, et en juin de cette même année, eut lieu à Vienne la première conférence sur la traite de blanches³⁴. Néanmoins, c'est avec *l'Action commune contre la traite d'êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants* que ce délit a enfin acquis une importance en vue de son harmonisation³⁵.

Malgré la tentative de typification effectuée par cette Action commune, elle n'avait pas atteint ses objectifs, peut-être à cause des disparités entre les approches juridiques des Etats membres³⁶. Par conséquent, l'Action commune fut l'objet de réformes successives, modifiant parfois le contenu de la définition de traite d'êtres humains³⁷. Suite à l'entrée en vigueur du *Traité d'Amsterdam*, les mécanismes pour l'homogénéisation de la définition de traite d'êtres humains se renforcent. En particulier, nous devons souligner la Décision-cadre du Conseil *relative à la lutte contre la traite des êtres humains*³⁸, qui déroge à l'application de l'Action commune *contre la traite d'êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants*³⁹. Dans cette Décision-cadre il y a un ensemble de mesures qui concernent la typification et la sanction du délit de traite des êtres humains, la

³² Cfr. Décision 2003/209/CE de la Commission, du 25 mars 2003, portant création d'un groupe consultatif dénommé "Groupe d'experts sur la traite des êtres humains" (Journal officiel L 79 du 26.03.2003).

³³ COM (2000) 854 final.

³⁴ Cfr. Communication de la Commission, du 20 novembre 1996, au Conseil et au Parlement européen *concernant la traite des femmes à des fins d'exploitation sexuelle*.

³⁵ Journal officiel L 63 du 04.03.1997. Dans celle-ci, la traite d'êtres humains se définit comme tout comportement qui facilite l'entrée sur le territoire d'un État membre, le transit par ce territoire, le séjour sur ce territoire ou la sortie de ce territoire, dans un but lucratif en vue de leur exploitation sexuelle ou en vue de leur infliger des services sexuels. On peut constater dans cette définition que la traite est orientée exclusivement vers un but d'exploitation sexuelle et la finalité lucrative. Ces notes seront objet de changement, comme nous verrons, dans la définition en vigueur.

³⁶ Vid. COM (2000) 854 final.

³⁷ Vid., dans ce sens, la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen *pour de nouvelles actions dans le domaine de la lutte contre la traite des femmes*, du 9 novembre 1998; et la Décision du Conseil du 3 décembre 1998 visant à compléter la définition de la forme de criminalité dite "traite des êtres humains" figurant à l'annexe de la convention *Europol* (Journal officiel n° C 026 du 30/01/1999).

³⁸ 2002/629/JAI.

³⁹ Vid. art. 9 de la Décision-cadre 2002/629/JAI.

compétence des poursuites, la protection et l'assistance apportées aux victimes ainsi que le champ d'application territorial.

En ce qui concerne la définition du délit de traite des êtres humains, l'Union effectue dans le même disposition une régulation conjointe, que ce soit pour la traite qui a pour but une exploitation sexuelle que pour celles qui se rapportent à des fins d'exploitation du travail. Plus précisément, l'article premier de la Décision-cadre établit que chaque Etat membre doit prendre les mesures nécessaires pour punir le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement et l'accueil ultérieur d'une personne, y compris la passation ou le transfert du contrôle exercé sur elle, lorsqu'il existe des moyens qui diminuent ou annulent le consentement de la victime. Ces circonstances sont la contrainte, la force, la menace -y compris l'enlèvement-, la tromperie, la fraude, l'abus d'autorité ou l'abus d'une situation de vulnérabilité⁴⁰ et l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre. Les infractions que nous venons de décrire doivent être orientées vers des fins d'exploitation du travail⁴¹ ou bien vers des fins d'exploitation de la prostitution d'autrui et d'autres formes d'exploitation sexuelle, y compris pour la pornographie.

Par ailleurs, la Décision-cadre mentionne spécifiquement le consentement de la victime⁴², avec un traitement différent selon que la personne est adulte ou mineure. Dans le premier cas, le consentement est indifférent lorsqu'il existe un ou plusieurs des moyens précédemment précisés. Cette spécification n'a que peu d'intérêt à notre avis, car l'existence d'un de ces moyens implique toujours une absence ou une limitation du consentement. Par contre, dans les cas où la victime est un enfant⁴³, les faits de traite sont punissables même si aucun des moyens mentionnés a été utilisé. De même, pour ce dernier cas, la *Décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie* prévoit que les Etats membres doivent prendre des mesures pour punir, entre autres, le fait de recruter un enfant pour qu'il se livre à la prostitution ou participe à des spectacles pornographiques⁴⁴.

⁴⁰ S'entend par situation de vulnérabilité celle où "la personne n'a en fait pas d'autre choix véritable et acceptable que de se soumettre à cet abus" (art. 1.1 c) de la Décision-cadre auparavant mentionnée).

⁴¹ Parmi les fins d'exploitation du travail ou des services de la personne, nous trouvons comme exemples le travail ou les services forcés ou obligatoires, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage ou la servitude (Cfr., art. 1.1 d) deuxième alinéa de la Décision-cadre).

⁴² Cfr., art. 1.2 de la Décision-cadre 2002/629/JAI.

⁴³ Selon de cette Décision-cadre, on doit comprendre par "enfant" la personne âgée de moins de dix-huit ans. (cfr. art. 1.4 de la Décision-cadre 2002/629/JAI).

⁴⁴ Art. 2 a) de la Décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, du 22 décembre 2003, *relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie*.

De la régulation du délit de traite des êtres humains nous pouvons en déduire qu'elle n'exige pas que la victime franchisse une frontière. Si cela se produit, il est également indifférent que l'entrée dans un autre pays soit légale ou illégale. De cette façon, le délit de traite des êtres humains établi par l'Union Européenne coïncide sur ce point avec les prévisions des Nations Unies. De même, cet élément établit une différence entre le concept de traite des êtres humains et d'immigration clandestine que nous verrons ensuite.

Par rapport aux sanctions applicables aux délits de traite, la Décision-cadre établit de façon générique, la nécessité de prévoir de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, susceptibles d'entraîner l'extradition⁴⁵. Elle prévoit ensuite des peines privatives de liberté, la maximale ne pouvant être inférieure à 8 ans, lorsqu'elles ont été commises dans les circonstances aggravantes suivantes⁴⁶ : quand l'infraction a délibérément ou par négligence grave mis la vie de la victime en danger ; quand l'infraction a été commise à l'encontre d'une victime particulièrement vulnérable⁴⁷ ou par recours à des violences graves ; quand l'infraction a causé un préjudice particulièrement grave à la victime et quand l'infraction a été commise dans le cadre d'une organisation criminelle. Elle établit également la responsabilité des personnes morales et leurs sanctions⁴⁸.

Finalement, nous devons mentionner que l'Union Européenne fait une évaluation assez critique de la régulation qu'elle a adoptée jusqu'à aujourd'hui et sur son l'impact sur les Etats membres. La *Recommandation du Parlement Européen à l'intention du Conseil sur la lutte contre la traite des êtres humains* de 2006⁴⁹ précise que les mesures prises à ce jour pour réduire la traite ne se sont pas traduites par une réduction du nombre de victimes, mais, bien au contraire, c'est l'activité criminelle qui connaît l'expansion la plus forte, en comparaison avec les autres formes de criminalité organisée dans l'Union européenne. Une fois cette réalité constatée, le document envisage le besoin d'adopter des objectifs clairs et précis, tels que réduire de moitié le nombre des victimes de la traite des êtres humains sur les dix prochaines années. Pour y parvenir, l'Union Européenne met l'accent sur la réalisation d'études au sein des Etats membres qui doivent se baser sur des chiffres comparables, afin que leur crédibilité scientifique soit

⁴⁵ Vid. art. 3.1 de la Décision-cadre 2002/629/JAI.

⁴⁶ Cfr. art. 3.2 de la Décision-cadre 2002/629/JAI.

⁴⁷ "Une victime est considérée comme ayant été particulièrement vulnérable au moins lorsqu'elle n'avait pas atteint l'âge de la majorité sexuelle prévu par la législation nationale et que l'infraction a été commise à des fins d'exploitation de la prostitution d'autrui et d'autres formes d'exploitation sexuelle, y compris pour la pornographie" (art. 3.2.b) de la Décision-cadre 2002/629/JAI).

⁴⁸ Vid., arts. 4 et 5 de la Décision-cadre 2002/629/JAI.

⁴⁹ 2006/2078 (INI).

assurée. Les résultats de ces études doivent être exploités pour mettre en œuvre les meilleures pratiques permettant de lutter contre la traite d'êtres humains, - notamment celle destinée à des fins d'exploitation sexuelle-. En ce qui concerne les infractions pénales, le texte communautaire insiste sur la nécessité que les Etats membres adoptent des mesures qui garantissent la criminalisation et la sanction par une peine de privation de liberté de l'enlèvement et du transfert de toutes personnes, ainsi que leur accueil, leur hébergement et la passation du contrôle exercé sur elles.

B.2 L'immigration clandestine.

Pour faire face au phénomène de l'immigration illégale, l'Union Européenne prévoit un ensemble de mesures, autant préventives que répressives, ces dernières ayant un caractère administratif ou pénal. Dans ce domaine, *l'acquis Schengen* a une importance spéciale, avec des dispositions qui ont comme principal objectif de supprimer les contrôles intérieurs entre les frontières des Etats membres. Cela implique, par conséquent, le renforcement du contrôle des frontières extérieures à l'Union⁵⁰. De cette manière, l'art. 27 de la *Convention d'application de l'Accord de Schengen* exprime l'engagement des parties contractantes à instaurer des sanctions appropriées à l'encontre de quiconque aide ou tente d'aider, à des fins lucratives, un étranger à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'une Partie Contractante en violation de la législation de celle-là relative à l'entrée et au séjour des étrangers⁵¹. Suite à *l'acquis Schengen* et, dans le but de lutter plus efficacement contre l'immigration clandestine, l'Union européenne adopte en 2002 une Directive et une Décision-cadre qui s'occupent respectivement de la définition typique et des sanctions applicables contre l'immigration clandestine de personnes⁵². S'agissant de la typification générale de ce comportement délictuel, l'art. 1 de la Directive établit que chaque Etat membre doit adopter des sanctions appropriées :

⁵⁰ Vid., art. 17 de *l'Accord entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signé à Schengen le 14 juin 1985*.

⁵¹ Cet article a été abrogé par la Directive 2002/90/CE du 28 novembre 2002, définissant *l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers*, que nous analyserons ensuite.

⁵² Vid., Directive 2002/90/CE du Conseil, du 28 novembre 2002, définissant *l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers*; Décision-cadre du Conseil, du 28 novembre 2002, visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (2002/946/JAI). Comme antécédent à cette réglementation nous devons mentionner les initiatives de la Présidence française en vue de l'adoption de la directive et du projet de décision-cadre du Conseil relatifs à la définition et à la répression de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers (DOCE n° C 253 de 4 septembre 2000).

- a) à l'encontre de quiconque aide sciemment une personne non ressortissante d'un Etat membre à pénétrer ou à transiter sur le territoire d'un d'entre eux, en violation de la législation de celui-ci relative à l'entrée ou au transit des étrangers ;
- b) à l'encontre de quiconque aide sciemment, dans un but lucratif, une personne non ressortissante d'un Etat membre à séjourner sur le territoire d'un d'entre eux en violation de sa législation relative au séjour des étrangers.

La Directive prévoit malgré tout la possibilité pour les Etats membres de ne pas imposer des sanctions à l'encontre de celui qui aide à pénétrer ou transiter illégalement dans un Etat Partie lorsque celui-ci a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée⁵³.

En ce qui concerne les sanctions applicables, la Décision-cadre 2002/946/JAI est plus concrète que les initiatives précédentes. En effet, bien qu'elle répète que les sanctions imposées doivent être effectives, proportionnées et dissuasives⁵⁴, elle établit différents types de sanctions, telles que la confiscation du moyen de transport, l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle dans laquelle l'infraction a été commise, l'expulsion ainsi que la fixation de peines privatives de liberté dont le maximum ne peut être inférieur à huit ans. Plus concrètement, pour toutes les typifications que nous venons d'exposer, ainsi que pour les conduites d'instigation, de participation et de tentative, les peines prévues doivent être suffisantes pour donner lieu à l'extradition⁵⁵. De plus, la Décision-cadre établit un ensemble de circonstances aggravantes qui ont une peine plus élevée. Pour l'infraction à l'encontre de quiconque aide ou instigue la personne dans un but lucratif à pénétrer ou transiter illégalement dans un Etat membre, le maximum de la peine d'emprisonnement ne peut être inférieur à huit ans, lorsqu'elle est commise dans l'une des circonstances suivantes⁵⁶ : dans le cadre des activités d'une organisation criminelle⁵⁷ ou en mettant en danger la vie des personnes faisant l'objet de l'infraction. Néanmoins, pour sauvegarder le principe de proportionnalité des législations des Etats membres, l'Union Européenne prévoit que la durée de la peine d'emprisonnement auparavant mentionnée peut être réduite -un maximum qui ne peut être inférieur à six ans- lorsque celle-ci est indispensable pour maintenir la cohérence du régime de sanctions national⁵⁸.

⁵³ Cfr., alinéa 2 art. 1 de la Directive 2002/90/CE.

⁵⁴ Cfr., Art. 1.1 de la Décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2002 (2002/945/JAI).

⁵⁵ Cfr. Art. 1.1 de la Décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2002 (2002/946/JAI).

⁵⁶ Vid. art. 1.3 de la Décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2002 (2002/946/JAI).

⁵⁷ Pour le concept d'organisation criminelle, il s'agit de celle définie dans l'Action commune 98/733/JAI.

⁵⁸ Vid. art. 1.4 de la Décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2002 (2002/946/JAI).

D'autre part, la Décision-cadre prévoit aussi la responsabilité des personnes morales et les sanctions qui leurs sont applicables⁵⁹.

Après avoir exposé la législation et les sanctions prévues par l'Union Européenne en vue de l'harmonisation des délits de traite des êtres humains et de l'immigration clandestine, nous analyserons ensuite si ces prévisions coïncident avec la réglementation des Nations Unies. Bien que, en ce qui concerne la traite des êtres humains, les deux institutions possèdent une régulation assez similaire, il n'en est pas de même dans le cas du *smuggling of migrants*. Ce manque de similitudes entre les Nations Unies et l'Union Européenne s'apprécie tout d'abord avec le nom qui est donné au délit, car l'Union appelle « immigration clandestine »⁶⁰ ce que les Nations Unies a dénommé « trafic illicite de migrants ». Ce désaccord ne s'arrête pas au nom, mais se réfère aussi à son contenu, qui est plus large dans le cas de l'immigration clandestine. Pour soutenir cette affirmation nous exposerons quelques éléments comparatifs de la typification basique du délit :

- a) S'agissant de l'aide à l'entrée irrégulière, le Protocole des Nations Unies exige la présence d'une finalité lucrative, alors que l'Union Européenne n'exige pas cet élément pour apprécier le délit. Cet but lucratif est considéré par cette dernière comme un élément d'aggravation de la peine, avec d'autres circonstances.
- b) Étant donné que le Protocole des Nations Unies dépend de la Convention contre la criminalité transnationale organisée, l'implication de ces organisations est nécessaire pour apprécier le délit de trafic illicite de migrants. Cette circonstance n'est pas non plus inhérente à l'immigration clandestine prévue par le texte communautaire, car cet élément sert de nouveau à aggraver la peine.
- c) En ce qui concerne l'aide au séjour irrégulier, les deux institutions -les Nations Unies et l'Union Européenne- exigent un but lucratif. Néanmoins, le Protocole des Nations Unies est plus restrictif, car il ajoute à cette finalité la réalisation du délit par une organisation criminelle ainsi que l'utilisation des moyens illégaux, tels que la falsification de documents, entre autres. À cet égard, nous pensons qu'on peut différencier ce qui est illégal pour l'immigrant de ce qui l'est pour le traquante. Par exemple, si l'aide au séjour consiste à faciliter de la nourriture, la personne qui le ferait ne réaliseraient aucune activité illicite en accord avec le Protocole des Nations Unies. Dans le cas de l'Union Européenne on ne peut pas éluder le caractère typique de cette conduite, étant donné que l'exemption de l'aide humanitaire est seulement prévue dans les cas de

⁵⁹ Vid. art. 3 et 3 de la Décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2002 (2002/946/JAI).

⁶⁰ Même si le titre de la Directive 2002/90/CE fait seulement référence à la définition de "l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers", nous extrayons le nom d'"immigration clandestine" du considérant 2 de ce texte.

collaboration à l'entrée et au transit irréguliers. C'est pour cela que nous considérons plus judicieuse la régulation des Nations Unies.

À l'occasion de l'analyse du Protocole des Nations Unies, nous avons trouvé des éléments qui nous permettaient de remettre en question le fait que la politique migratoire des Etats Partie et la sécurité de ceux-ci étaient les seuls objets de protection, tout en considérant la possibilité que les immigrants étaient des victimes. Cette lecture protectrice des personnes immigrantes était basée sur le but lucratif de tout trafic illicite de migrants et sur l'exclusion explicite des responsabilités pénales des personnes objet du trafic. Ces arguments disparaissent dans la réglementation de l'Union Européenne, de sorte qu'il est difficile de trouver un autre objet de protection différent de la sauvegarde des frontières européennes. A notre avis les typifications prévues par l'Union ne sont malgré tout pas suffisamment graves pour léser la politique migratoire des Etats membres. En effet, d'après nous, la définition de la typicité basique manque d'éléments tels que la réalisation du délit par des organisations criminelles ou le caractère habituel des conduites. Par contre, l'aide à l'entrée, le transit ou le séjour peuvent être rapportés à une seule personne⁶¹. Par conséquent, l'intervention pénale conçue par l'Union Européenne dépasse selon nous les limites de ce qu'elle prétend protéger. Ces questions seront traitées ci-après, à l'occasion de nos réflexions sur la politique criminelle.

II. La législation pénale espagnole et ses interprétations.

A. Brève évolution législative et normes pénales en vigueur.

L'immigration de personnes vers l'Espagne est un phénomène d'apparition récente en comparaison avec d'autres pays européens. Il s'en suit que la réglementation pénale relative au trafic des êtres humains est récente. Ainsi, à ses débuts, la plus grande partie de la réglementation était orientée vers la protection des personnes qui émigraient de l'Espagne vers un pays étranger.

Suite à l'approbation du Code pénal en 1995, seul l'art. 313 CPE fait référence aux victimes adultes. Ce délit prévoyait une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans et une amende de six à douze mois pour celui qui promeut ou favorise, de quelque manière que ce soit, l'immigration clandestine de travailleurs (premier paragraphe), et pour celui qui, grâce à la tromperie, détermine ou favorise l'émigration de quelqu'un vers un autre pays (deuxième paragraphe). En ce qui concerne les mineurs, le code pénal de 1995 typifie -ce qui est nouveau- le trafic de mineurs dans le but d'une adoption illégale (art. 221 CP). Ces délits persistent à l'heure actuelle, même si, dans le cas de l'immigration clandestine et

⁶¹ La littéralité de l'art. 1 alinéas a) et b) de la Directive 2002/90/CE nous indique qu'il doit s'établir une sanction à l'encontre de quiconque qui aide sciemment "une personne". Cette prévision en singulier nous indique qu'il n'est pas nécessaire l'aide à différentes personnes.

de l'émigration frauduleuse, la peine a été renforcée⁶². Si on prend à la lettre les préceptes existants, on observe que toutes les hypothèses possibles de traite et de trafic d'êtres humains ne sont pas prises en considération. Dans ce sens, la doctrine dénonçait le manque de normes pénales spécifiques relatives à la traite sexuelle⁶³, ainsi qu'à d'autres cas mis en évidence par la réalité criminologique. Citons par exemple le transport de personnes -normalement avec une finalité lucrative- dans des conditions inhumaines, notamment à bord d'embarcations, petites et chancelantes. Pour combler ce vide punitif, la jurisprudence réalisa une interprétation extensive du délit de promotion ou de favorisation de l'immigration clandestine de travailleurs (art. 313 CP), tout en considérant -et presque en présumant- la condition de travailleur de toute personne qui entrait illégalement en Espagne⁶⁴. Nous verrons ensuite, alors même que ce précepte n'a pas changé, que son application a diminué considérablement après l'introduction d'autres délits qui sanctionnent plus lourdement le trafic de personnes.

Postérieurement, s'introduisit en 1999 la traite de personnes avec pour objectif l'exploitation sexuelle (art. 188.2 CP⁶⁵), suite aux différents engagements européens assumés par l'Espagne⁶⁶. En 2000 l'art. 318 bis CP⁶⁷ sanctionna le

⁶² La peine s'aggrava dans *la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, passant d'une peine d'emprisonnement de deux à cinq ans et une amende de six à douze mois. Par conséquent, il n'est pas possible à l'heure actuelle le sursis ou la substitution de la peine d'emprisonnement.

⁶³ Vid., sur les différentes lacunes punitives d'Espagne à propos de la traite sexuelle qui avaient besoin d'une réforme légale pour s'adapter aux compromis assumés par *l'Action Commune contre la traite d'êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants*, DIEZ RIOPLES, L.: "Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión Europea", RP, juillet, 1998.

⁶⁴ Pour une évolution des critères interprétatifs de la jurisprudence sur l'art. 313.1 CP, en fonction de l'apparition des successifs préceptes pénaux relatifs au trafic des êtres humains, MORÓN LERMA, E.: "El favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores" dans GARCIA ARAN, M. (coord.): *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006.

⁶⁵ L'art. 188.2 CPE sanctionnait de la même manière que la détermination coercitive à la prostitution celui qui, directe ou indirectement, favorise l'entrée, le séjour ou la sortie de personnes du territoire national avec l'intention de les exploiter sexuellement. Ce délit devait se réaliser en employant la contrainte, l'intimidation, la tromperie ou l'abus d'une situation de supériorité, de nécessité ou de vulnérabilité de la victime. Cette infraction, comme nous verrons, variera substantiellement dans la réforme de 2003.

⁶⁶ L'Exposé des motifs de la *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril* justifiait la réforme en matière de délits sexuels dans la nécessaire adéquation de la législation pénale espagnole à la Résolution du Conseil d'Europe 1099 (1996) relative à *l'exploitation sexuelle des enfants* et à l'Action commune contre la traite d'êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants.

⁶⁷ L'introduction de ce précepte dans le Code pénal se produisit grâce à une réforme de la

trafic d'êtres humains de façon générique : absence de finalité d'exploitation sexuelle ou du travail et établissement de nombreuses circonstances aggravantes qui vident de contenu le type basique, ce dernier possédant déjà une peine assez élevée. Ce problème se verra aggravé par la réforme de 2003.

En particulier, le panorama législatif actuel est déterminé par la réforme de 2003, justifiée selon ses créateurs par la nécessité d'adaptation aux indications européennes établies en 2002 relatives la traite d'êtres humains et l'immigration clandestine. Nous verrons postérieurement qu'une telle affirmation manque cependant de fondement. Dans cette réforme, l'expression « immigration clandestine » a été introduite au côté du « trafic illégal » dans l'art. 318 bis CP; l'abus de situation de nécessité est supprimé en tant que type qualifié; le trafic illégal ou l'immigration clandestine qui a pour but l'exploitation sexuelle est régulé comme circonstance aggravante -l'art. 188.2 CP disparaissant, en conséquence, des délits contre la liberté sexuelle-; enfin se produit un durcissement de la peine. Plus précisément, l'art. 318 bis CP sanctionne avec une peine d'emprisonnement de quatre à huit ans, celui qui -directement ou indirectement- promeut, favorise ou facilite le trafic illégal ou l'immigration clandestine de personnes depuis l'Espagne, en transit ou à destination de l'Espagne. Il existe une première circonstance aggravante -avec une peine d'emprisonnement de cinq à dix ans lorsque le but du trafic illégal ou l'immigration clandestine est l'exploitation sexuelle des personnes. Si les conduites envisagées ci-dessus se réalisent avec un but lucratif employant violence, intimidation, tromperie, abus de situation de supériorité ou de spéciale vulnérabilité de la victime, ou que cette dernière est mineure ou incapable, ou si la victime est exposée au danger (pour sa vie, sa santé ou son intégrité), la peine d'emprisonnement prévue s'applique dans sa moitié supérieure. Lorsque le coupable appartient à une organisation ou à une association, même à caractère temporel, dédiée à ces activités, des peines d'emprisonnement de degré supérieur et l'inhabilitation spéciale de la profession, métier, industrie ou commerce pendant le temps de la condamnation s'appliquent. Dans ce dernier cas, on peut aussi imposer quelques unes des mesures prévues à l'art. 129 CP, destinées à la sanction des personnes morales. S'agissant des chefs, des administrateurs ou des gérants de ces organisations ou associations, la peine doit être augmentée, de nouveau, à sa moitié supérieure. Par ailleurs, peut-être à cause de ce durcissement punitif, l'art. 318 bis CP prévoit une circonstance atténuante -application de la peine inférieure en degré- qui peut être décidée facultativement par le Juge tout en prenant en considération la

Loi d'Extranéité (*Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*). Dans ce sens, cette Loi introduit dans le Code pénal un nouveau Titre (XV bis) intitulé “Délits contre les droits des citadins étrangers” (“*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*”) et intégré exclusivement par l'art. 318 bis CP.

gravité du fait et ses circonstances, les conditions du coupable et la finalité poursuivie par ce dernier.

Dans des préceptes différents, subsiste la promotion ou la favorisation, de n'importe quelle façon que se soit, de l'immigration clandestine de travailleurs vers l'Espagne (art. 313.1 CP) et l'émigration frauduleuse (art. 313.2 CP), avec une peine d'emprisonnement de deux à cinq ans et une amende de six à douze mois. Reste aussi en vigueur le trafic de mineurs ayant pour but l'adoption illégale, pourvu qu'il existe une compensation économique, sanctionnée par une peine d'emprisonnement d'un à cinq ans et une inabilitation spéciale de quatre à dix ans (art. 221 CP)⁶⁸.

Enfin, la réforme de 2007⁶⁹ modifie les articles 318 bis et 313 du CP, en élargissant la tipicité du trafic illégal ou la immigration clandestine de personnes aux cas où la destination est un autre pays de l'Union Européenne (art. 318 bis du CP) et à l'immigration clandestine de travailleurs vers un autre pays de l'Union Européenne (art. 313 CP). Dans l'exposition des motifs de cette loi, la caractéristique de transnationalité qui généralement ont ces délits et la impunité qui peut en dériver est mentionnée, en se référant à la Convention des Nations Unies de 2000, qui permet aux Etats partis d'asseoir sa juridiction par rapport aux délits de trafic illégal o immigration clandestine bien qu'ils soient commis en dehors de son territoire. Ainsi, avec cette loi organique il s'agit de permettre rendre possible la persécution extra-territoriale du trafic illégal ou l'immigration clandestine de personnes.

Après avoir exposé l'évolution législative et le contenu des préceptes en vigueur à l'heure actuelle, nous allons réaliser maintenant une analyse interprétative de ceux-ci. Bien que ces délits aient été introduits dans le Code pénal espagnol de façon séparée dans le temps et sans une vision d'ensemble, nous réaliserons une interprétation conjointe et systématique, pour déterminer quel est leur domaine d'application et vérifier jusqu'à quel point ils s'adaptent aux prévisions supranationales.

B. L'interprétation des articles. 318 bis et 313 du CPE.

La régulation pénale espagnole sur le trafic d'êtres humains est caractérisée par la confusion⁷⁰ et le manque de coordination, que ce soit pour la tipicité ou pour

⁶⁸ Pour un ample commentaire de ce précepte, cfr., VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de "tráfico de menores", RDPP, nº5, 2001, pp. 61 à 88.

⁶⁹ Vid. Loi organique 13/2007, du 19 novembre, pour la persécution extraterritorial du trafic illégal ou l'immigration clandestine de personnes.

⁷⁰ Qualifie de confuse la régulation actuelle, PÉREZ CEPEDA, A.I.: *Glocalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004, p. 32.

les sanctions applicables, de telle sorte qu'elle pose des problèmes complexes d'interprétation et de concours d'infractions pratiquement insolubles⁷¹. De même, la rédaction de ces préceptes remet en question le principe de taxativité des normes pénales, car l'ampleur des termes légaux -qui est par ailleurs commune dans les régulations des Etats européens⁷²- rend difficile l'identification du bien juridique protégé et la précision des conduites typiques. Ces délits, d'apparition récente dans le temps, sont le reflet d'un "nouveau droit pénal", opposé au droit pénal libéral. Dans ce sens, on peut constater une expansion du droit pénal - critiquée dans certains cas- qui aspire à la protection de nouveaux biens juridiques collectifs et même à la protection avancée de biens juridiques traditionnellement protégés par le droit pénal. Ce "droit pénal du risque" ou "droit pénal de la sécurité" est caractérisé par la création de délits de mise en péril de biens juridiques collectifs, l'équivalence de la consommation et de la tentative ou l'équivalence punitive du complice et de l'auteur.

En ce qui concerne les arts. 318 bis et 313 du CPE, la doctrine se trouve partagée entre deux positions: d'un côté, ceux qui considèrent que l'intérêt de l'Etat quant au contrôle sur les flux migratoires est l'objet de protection; d'un autre côté, ceux qui se focalisent sur la protection des droits des immigrants. En outre, certaines positions éclectiques affirment la protection de ces deux intérêts. Étant donné cette disparité d'opinions, seule la protection de la dignité des êtres humains doit être, d'après nous, l'objet de protection de l'art. 318 bis CPE⁷³. Cette

⁷¹ Vid., pour tous, RODRIGUEZ MESA, qui évalue comme positive et nécessaire l'incorporation dans le Code pénal d'un délit de trafic illégal de personnes. Néanmoins, cela ne signifie pas que le traitement pénal puisse être qualifié de satisfaisant, tout en détectant une disparité dans les intérêts directement protégés, une dispersion normative, un recours à des types ouverts dépourvus de concrétion, une méconnaissance du principe de proportionnalité ainsi qu'une superposition des types pénaux. (Cfr. dans *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 120). À l'heure actuelle, l'art. 318 bis et l'art 313 du CPE pose le problème plus grave de concours d'infractions.

⁷² Voir une analyse exhaustive du droit pénal comparé en matière d'immigration clandestine dans ESQUINAS VALVERDE, P.: "Análisis comparado de las legislaciones penales sobre el tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas", dans ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. et al. *El Derecho Penal* ..., cit., p. 65 et ss.

⁷³ De cette opinion, VILLACAMPA ESTIARTE, C., dans QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Código penal*, Aranzadi, 2002, p. 1161; DE LEÓN VILLALBA, F.J.: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 247 et ss.; PÉREZ CEPEDA, A.I.: *Globalización* ..., cit., p. 171 et ss.; PÉREZ FERRER, F.: *Ánalisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 48 et ss.; GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: "El nuevo delito de tráfico ilegal de personas", dans ASÚA BATARRITA, A. ET AL.: *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 289; GUARDIOLA

dignité est concrétisée et élargie avec la protection avancée de la liberté sexuelle (al. 2 art. 318 bis CPE) et des droits des travailleurs (art. 313 CPE)⁷⁴. Par conséquent, selon notre évaluation, le trafic de personnes est une infraction de mise en danger de la dignité des citoyens étrangers, qui s'illustre par le fait que l'auteur du délit contrôle le phénomène migratoire, de telle façon que l'immigrant est aux mains du trafiquant, à la merci de celui-ci. Cet objet de protection est cohérent avec la phénoménologie criminelle que manifeste souvent la réalité⁷⁵. À notre avis, l'abus de situation de nécessité de l'immigrant est un élément implicite dans le type basique (art. 318 bis al. 1^o CPE)⁷⁶ ainsi que dans le trafic à des fins d'exploitation sexuelle (art. 318 bis a.2^o CPE)⁷⁷ et du travail (art. 313.1 CPE). La situation de nécessité est conçue, d'une part comme un état de précarité économique dont les immigrants souffrent dans leur pays d'origine et, d'autre part, est due aux politiques migratoires restrictives de la plupart des pays développés. De même, l'avancement des barrières de protection de la dignité à la mise en danger et le caractère collectif du bien juridique sont justifiés par l'importance de l'objet de protection en jeu. Dans ce sens, une idonéité objective *ex ante* de l'acte délictueux est requise pour affecter la dignité, idonéité qui devrait être évaluée par le juge dans chaque cas, en prenant en compte la connaissance qu'a l'auteur de la situation de nécessité de l'immigrant ainsi que sa maîtrise du mouvement migratoire illégal. Cette conception du délit permet d'exclure l'aide à l'immigration irrégulière à finalité humanitaire⁷⁸ et d'autres contributions qui n'affectent pas la dignité des citoyens étrangers.

La protection de la dignité des êtres humains dans les délits de trafic illégal de personnes s'appuie sur divers arguments. D'abord, le Titre qui introduit l'art. 318

LAGO, M.J.: *El tráfico de personas en el derecho penal español*, Aranzadi, 2007, p. 147 et ss.; SILVA CASTAÑO, M.L.: "Estudio del artículo 318 bis del Código penal español", dans ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. et al.: *El Derecho Penal* ..., cit., p. 185; En ce qui concerne la jurisprudence, vid., entre autres, STS n° 479/2006, du 28 avril 2006 (RJ 2006, 2335).

⁷⁴ Voir de façon plus approfondie ma position dans GUARDIOLA LAGO, M.J.: *El tráfico de personas en el Derecho penal Español*, Aranzadi, 2007, p. 147 y ss.

⁷⁵ Vid., GARCÍA ARÁN, M.: "Introducción", dans GARCÍA ARÁN, M. (coord): *Trata de personas* ..., cit.

⁷⁶ De la même opinion, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: « El « nuevo » delito de tráfico de personas », *La Ley*, février, 2004; PÉREZ CEPEDA, A.: *Globalización* ..., cit.; PÉREZ FERRER, F.: *Ánalisis dogmático* ..., cit., p. 102; PADILLA ALBA, H.E.: « El delito de tráfico ilegal... », p. 20; GUARDIOLA GARCÍA, J.: « Tráfico ilegal ... », cit., p. 19. Nous devons rappeler qu'avec la réforme de 2003, cette circonstance a disparu des modalités aggravées du délit.

⁷⁷ BAUCELLS LLADÓS, J.: « El tráfico de personas para su explotación sexual », dans GARCÍA ARÁN, M.: *Trata de personas* ..., cit., p.198.

⁷⁸ L'exclusion de la sanction pénale de l'aide à l'entrée et du passage illégal dûs à des fins humanitaires n'est pas explicitée de façon formelle dans le texte, à la différence de la réglementation supranationale et d'une grande partie des législations des Etats membres.

bis CPE se rapporte aux droits des citoyens étrangers. Par conséquent, cette expression s'éloigne du contrôle sur les flux migratoires comme objet de protection⁷⁹. Deuxièmement, la protection d'un tel bien juridique à caractère étatique, étant donné la typicité et les sanctions prévues, transformera la sanction pénale en un délit formel et enfreindrait les principes de « *ultima ratio* »⁸⁰, de proportionnalité⁸¹ et de niveau offensif⁸², qui constituent une conquête historique à notre avis indispensable.

Pourtant, seuls l'expression -introduite en 2003- de l' « immigration clandestine » et l'adjectif « illégal » -qui qualifie le « trafic »- peuvent nous faire penser que la législation pénale espagnole prétend sanctionner l'immigration clandestine telle que prévue par l'Union Européenne. Néanmoins, comme nous le verrons ci-après, le Code pénal espagnol ne s'adapte pas aux prévisions d'harmonisation

⁷⁹ Cfr., GARCÍA ESPAÑA, E./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.E.: "Delitos contra los derechos...", cit., p. 729; NAVARRO CARDOSO, F.: "Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", *Revista Penal*, nûm. 10, juillet, 2002, p. 45; CONDE- PUMPIDO TOURÓN, C.: "Delitos contra los derechos de los extranjeros" *Actualidad Penal*, nûm 29, 2002, p. 286; GARCÍA ARÁN, M.: "El tráfico de personas en general (art. 318 bis del Código penal)", dans GARCÍA ARÁN, M. (coord.): *Trata de personas ...*, cit., p. 209, laquelle propose une interprétation restrictive rapportée aux droits des hommes, tout en s'appuyant sur la rubrique qui introduit l'article. En ce qui concerne la jurisprudence, Cfr., STS nº 569/2006, du 19 mai 2006 (RJ 2006, 3672).

⁸⁰ Cfr., entre autres, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelier penal, Barcelona, 2002, p. 29; SERRANO PIEDECASAS, J.R.: "Los delitos contra los derechos de los extranjeros", dans *El extranjero en el Derecho penal español, sustantivo y procesal*, CGPJ, nûm. 5, 2000, p. 332; RODRÍGUEZ MESA, M.J.: *Los delitos contra los derechos ...*, cit., 39; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas" *Revista Penal*, juillet, 2004; PÉREZ FERRER, F.: *Ánalisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 44; PADILLA ALBA, H.R.: "El delito de tráfico ilegal ...", cit., p. 8; Si la protection pénale est orientée vers l'intérêt de l'Etat sur le contrôle des frontières, le droit pénal deviendrait la "prima ratio" de l'appareil sanctionneur, car il existe dans le droit administratif une infraction qui sanctionne des conduites similaires, tout en requérant une finalité lucrative de l'auteur (Vid. art. 54.1 b) de la Loi sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modifiée par la Loi 14/2003 du 20 novembre 2003). Cet élément est prévu dans le droit pénal comme circonstance aggravante et, par conséquent, n'est pas nécessaire pour l'appréciation du délit dans sa modalité basique (art. 318 bis alinéa 1º CPE). C'est pour cela que, à notre avis, la distinction entre le droit pénal et le droit administratif doit être la protection distincte des biens juridiques.

⁸¹ Vid., entre autres, NAVARRO CARDOSO, F.: "Observaciones ...", cit., p. 53; SERRANO PIEDECASAS, J.R.: "Los delitos contra los derechos ...", cit., p. 332.

⁸² NAVARRO CARDOSO, F.: "Observaciones ...", cit., p. 44; RODRÍGUEZ MESA, M.J.: *Delitos contra los derechos ...*, cit., p. 56; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Consideraciones ...", cit.;

communautaires, de telle sorte que celles-ci ne peuvent pas orienter l'interprétation de la régulation espagnole. C'est ainsi que, à notre avis, les termes « trafic illégal » et « immigration clandestine » doivent être considérés comme synonymes, car ils sont prévus conjointement et possèdent la même peine, une peine trop lourde pour légitimer un autre type de tutelle distincte de la protection des droits de l'homme. En effet, selon nous, ces termes désignent l'aide au mouvement ou passage de personnes au travers des frontières, tout en contrevenant à la régulation administrative relative à l'entrée, le séjour ou la sortie d'étrangers⁸³.

Il ressort en premier lieu de cette définition que doit être considérée uniquement comme infraction pénale l'aide au déplacement irrégulier. Par conséquent, ne sont pas délictueuses les contributions au séjour illégal⁸⁴, sauf si la personne a aussi aidé l'entrée illégale ou si les contributions de séjour sont un maillon de la chaîne d'une immigration irrégulière vers un autre pays. Deuxièmement, l'aide au transfert à l'intérieur des frontières espagnoles est une conduite atypique par rapport à l'art. 318 bis CPE⁸⁵, y compris le trafic qui a pour but une exploitation sexuelle. Néanmoins, s'agissant des travailleurs victimes, l'art. 312 CPE s'appliquera. L'« illégalité » ou la « clandestinité » est finalement conçue comme une contravention à la régulation administrative qui règle les flux migratoires, autant des normes nationales qu'europeennes. En effet, sera illégale ou clandestine toute entrée que ce soit via des endroits non habilités ou en dehors de l'horaire établi -c'est à dire, les entrées occultes- ou que celle-ci s'effectue sans la documentation nécessaire, cette dernière étant frauduleuse ou les autres conditions et justifications requises ne correspondant pas à la réalité⁸⁶.

Malgré tout, même si cette interprétation de la clandestinité et de l'illégalité peut nous rappeler la protection des frontières par le droit pénal, le bien juridique protégé nous sert à nouveau à restreindre la conduite typique aux cas les plus graves. Ainsi, nous pensons que l'illégalité du trafic est davantage un facteur de

⁸³ Vid., entre autres, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Atelier, 2007.

⁸⁴ Vid., entre autres, GUARDIOLA GARCÍA, J. "Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas. Comentario a la reciente reforma del art. 318 bis del CP", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 13, 2005, p. 22; STS nº 1304/2005, du 19 octobre 2005 (RJ 2005/7601). Pour opinion contraire, TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: "El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del art. 318 bis del Código penal" *La Ley*, du 26 mai 2006, p. 2; BAUCELLS LLADÓS, J.: "El tráfico ilegal de personas", cit., p. 189.

⁸⁵ Dans ce sens, CUGAT MAURI, M.: "La influencia de la Unión Europea ...", cit., p. 85; GARCÍA ARÁN, M.: "El tráfico de personas en general ...", cit., p. 212. En contre, PÉREZ FERRER, F.: *Análisis dogmático...*, cit., p. 61;

⁸⁶ Vid., pour tous, PÉREZ CEPEDA, A. I.: *Globalización ...*, cit., p. 287.

risque de victimisation des citoyens étrangers ; facteur de risque auquel nous devons ajouter la situation de précarité économique dont les immigrants souffrent dans leur pays d'origine et les politiques migratoires restrictives des pays de destination. Par conséquent, le Droit pénal doit tenir compte de l'illégalité dans la mesure où elle contribue à convertir les étrangers en collectif de risque face aux abus possibles de la part de tierces personnes. Et le premier de ces abus peut être une immigration dont le trafiquant a le contrôle de tout le processus migratoire, de sorte que l'immigrant se trouve soumis à aux décisions et aux intérêts du trafiquant, qui ne sont pas toujours les mêmes que ceux des immigrants.

En conséquence, le critère permettant de délimiter le droit pénal et le droit administratif en matière de trafic illégal de personnes est le bien juridique protégé⁸⁷. On pourrait objecter qu'il existe un contradiction dans le fait que ce soit le Droit lui-même, appuyé sur le contrôle sur les flux migratoires, qui restreint les droits attribuables aux citoyens étrangers entrant et séjournant sur le territoire de l'Etat de façon illégale, quand il est affirmé parallèlement dans le cadre pénal qu'on protège les droits humains des citoyens étrangers. De plus, nous observons que dans les conséquences juridico-pénales applicables aux étrangers - principalement l'expulsion- les finalités du droit pénal ont été subordonnées aux politiques migratoires⁸⁸. Cependant, le fait que le contrôle sur les flux migratoires soit administrativement poursuivi ne doit pas impliquer nécessairement que cet intérêt soit considéré comme susceptible de protection pénal par l'art. 318 bis et l'art. 313 CPE. Différentes branches du Droit peuvent avoir différents objets de tutelle sans que cela ne constitue une contradiction. C'est le droit pénal, en tant que dernier instrument punitif, qui doit s'orienter vers une protection des droits les plus essentiels de l'être humain, droits qui doivent primer sur d'autres intérêts

⁸⁷ De cette opinion, entre autres, PÉREZ CEPEDA, A.I.: "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318 bis reformado por la LO 11/2003)", dans RODRÍGUEZ MESA, M.J./ RUIZ RODRÍGUEZ, L.R.: *Inmigración y sistema penal* ..., cit., p. 123; SAINZ CANTERO CAPARRÓS, J.E.: *Los delitos contra los derechos* ..., cit., p. 40; GARCÍA ESPAÑA, E./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: "Delitos contra ...", cit., p. 729; NAVARRO CARDOSO, F.: "Observaciones ...", cit., p. 42; RODRÍGUEZ MESA, M.J.: *Los delitos contra ...*, cit., p. 39; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: "Delitos contra ...", cit., 300; PÉREZ FERRER, F.: *Ánalisis dogmático*..., cit., p. 126; GARCÍA ARÁN, M.: "El tráfico de personas ...", cit., p. 228;

⁸⁸ Vid., plus amplement, entre autres, LAURENZO COPELLO, P.: "Prólogo", dans *Inmigración y derecho penal* ..., cit., p. 12; ASÚA BATARRITA.: "La expulsión del extranjero como alternativa a la penal: incongruencia de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración", dans *Inmigración y Derecho penal* ..., cit., p. 97 y ss.; FLORES MENDOZA, F.: "La expulsión del extranjero en el Código penal español", dans *Inmigración y Derecho penal* ..., cit.; LAURENZO COPELLO, P.: "Últimas reformas en derecho penal de extranjeros ...", cit., p. 30.

dont la protection -étant donné la rédaction typique et la gravité punitive de l'art. 318 bis CPE, est plus que discutable⁸⁹.

C. La législation pénale espagnole s'adapte-t-elle aux prévisions des Nations Unies et de l'Union Européenne ?

Après avoir exposé la législation pénale espagnole et l'interprétation de celle-ci, nous analyserons maintenant quel est leur degré d'accomplissement par rapport aux prévisions d'harmonisation européennes et internationales. Comme nous l'avons déjà souligné, les normes supranationales ont typifié de manière séparée deux types de phénomènes délictuels : la traite des êtres humains d'un côté et le trafic illicite de migrants ou l'immigration clandestine d'un autre côté. Cette séparation conceptuelle dans les différentes réglementations n'est pas respectée par le législateur espagnol.

En ce qui concerne la traite des êtres humains, elle est définie comme une activité de recrutement, de transport ou d'hébergement de personnes, par des moyens qui éliminent ou limitent le consentement de la victime, destinée à des fins d'exploitation (sexuelle, du travail, entre autres). Cette définition -dans ses grandes lignes commune à l'UE et l'ONU- n'est pas respectée par la législation pénale espagnole, car pratiquement tous les éléments qu'intègrent ce concept, sont considérés comme des circonstances aggravantes dans le droit pénal espagnol. En effet, la traite de personnes à des fins d'exploitation sexuelle est régulée comme une circonstance aggravante à l'alinéa 2 de l'art. 318 bis CPE et elle ne requiert pas la présence d'éléments comme la violence, l'intimidation, la tromperie, l'abus de situation de vulnérabilité, entre autres⁹⁰. Tous ces éléments sont également une autre circonstance aggravante, commune à tous les délits de trafic de personnes. Néanmoins, selon l'interprétation que nous venons de faire, l'abus de situation de nécessité se trouve implicite dans cet article et c'est pour cette raison que nous pouvons affirmer que l'alinéa 2 de l'art. 318 bis CPE protège la liberté sexuelle des victimes de trafic, d'une manière avancée et très atténuée par rapport à l'antérieure régulation⁹¹. Les normes pénales espagnoles coïncident avec les normes internationales sur le fait que la finalité d'exploitation

⁸⁹ Víd., dans le même sens, PEREZ CEPEDA, A.I.: *Globalización ...*, cit., p. 295.

⁹⁰ Ainsi, MAQUEDA ABREU affirme que le législateur va au delà du concept de traite des êtres humains prévu dans les institutions supranationales, de sorte que la réforme législative espagnole de 2003 ne compte pas avec l'aval de l'Union Européenne. Cfr., MAQUEDA ABREU, M.L.: "¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis 2? Las sinrazones de una reforma" *RDPP*, núm. 11, 2004, p. 42; MAQUEDA ABREU, M.L.: "Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual", dans *Diario La Ley*, nº 6430, du 27 février 2006.

⁹¹ Pour une opinion contraire, MAQUEDA ABREU, M.L.: "¿Cuál es el bien jurídico", cit., p. 42; LAURENZO COPELLO, P.: "Últimas reformas en Derecho penal de extranjeros ...", cit., p. 35.

sexuelle n'est pas limitée à celles de la prostitution⁹². Néanmoins, l'art. 318 bis alinéa 2 CPE ne typifie pas les hypothèses d'hébergement si celles-ci n'ont pas un rapport avec un mouvement migratoire illégal ou ne peuvent pas être considérées comme conduites de participation à la détermination coactive à la prostitution.

S'agissant de la traite des êtres humains qui a pour but l'exploitation du travail, elle n'est pas considérée, par l'art. 318 bis CP comme une circonstance aggravante. Nous croyons pourtant que cette régulation est déterminé par l'art. 313.1 CP, parce qu'il sanctionne la collaboration à un mouvement migratoire illégal de travailleurs. La majorité de la doctrine et de la jurisprudence ont interprété cet article -qui appartient à un Titre dénommé « Défauts contre les droits des travailleurs »- comme protecteur d'une manière avancée des droits des travailleurs, au moins jusqu'à la réforme de 2003. Bien que nous considérons que l'art. 313.1 CPE typifie les cas de traite des êtres humains aux fins d'exploitation du travail⁹³, cette affirmation n'est pas aussi exempte de critiques. D'abord, nous devons remarquer que les circonstances qui annulent ou limitent le consentement de la victime de traite ne sont pas non plus présentes dans ce précepte⁹⁴. Dans ce cas, la législation pénale espagnole ne respecte ni les prévisions européennes ni celles des Nations Unies. Si ces circonstances se produisent dans le cas concret, le concours d'infractions est résolu en faveur de l'application de l'art. 318

⁹² Certains auteurs soutiennent qu'à l'heure actuelle la protection avancée de la liberté sexuelle n'est pas limitée à la prostitution: GARCÍA ARÁN, M.: "El tráfico de personas pen general...", cit., p. 231; BAUCELLS LLADÓS, J.: "El tráfico de personas para su explotación sexual", cit., p. 198; PÉREZ CEPEDA, A.I.: "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros ...", cit., p. 141; CUGAT MAURI, M.: "La influencia de la Unión Europea ...", cit., p. 92; SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, I.: "Protección penal de los derechos ...", cit., p. 828; BAUCELLS LLADÓS, J./ CUENCA GARCÍA, M.J.: "El perfil criminológico ...", cit., p. 154; En contre, CARMONA SALGADO, C.: "Trata sexual de mujeres y prostitución forzada ...", cit., p. 197; "La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003: reflexiones críticas acerca de un injustificado despropósito legislativo", dans ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. et al. *El Derecho Penal* ..., cit., p. 224;

⁹³ Une partie de la doctrine affirme que l'art. 313.1 CPE affecte la dignité des travailleurs, tout en constituant une hypothèse particulière de l'art. 318 bis CPE, SERRANO PIEDECASAS.: "Los delitos contra los derechos ...", cit., p. 385; PÉREZ CEPEDA, A.I.: *Globalización* ..., p. 182; S'agissant de la jurisprudence, vid., la STS du 5 février 1998, qui met l'accent sur la protection de la liberté, de la sécurité et de la dignité des travailleurs.

⁹⁴ Sauf l'abus de situation de nécessité que nous considérons implicite. De plus, aucune circonstance qui limite ou annule le consentement de la victime n'est présente de façon formelle dans le texte dans l'art. 313 premier alinéa du CPE (les hypothèses d'immigrations). En revanche, un mécanisme de tromperie doit être présent dans le deuxième alinéa (l'émigration). Cette différente régulation en fonction de l'orientation de la migration doit être corrigée.

bis alinéa 3 CPE, même s'il ne contemple pas l'exploitation du travail comme intégrant dans le type. Deuxièmement, nous devons aussi souligner que la peine prévue à l'art. 313.1 CPE est significativement inférieure à celle prévue dans l'art. 318 bis alinéa 1^{er} CPE, de sorte que la traite des êtres humains qui a pour but l'exploitation du travail est sanctionnée moins lourdement que « le trafic illégal ou l'immigration clandestine » qui n'a aucune finalité d'exploitation. Ce décalage punitif est une des conséquences de l'introduction d'infractions séparées dans le temps et demande une réforme législative pour la corriger⁹⁵.

La législation pénale espagnole introduit finalement deux éléments contraires à la définition de traite des êtres humains, telle que prévue par l'Union Européenne et les Nations Unies. Il s'agit de l'ilégalité du transfert de personnes et de la condition de citoyens étrangers des victimes. Ces éléments sont uniquement prévus dans la réglementation supranationale par rapport au trafic illicite de migrants (ONU) ou l'immigration clandestine (UE). Bien qu'il existe des différences dans leur régulation, les deux institutions coïncident dans la séparation des hypothèses de *trafficking* de celles de *smuggling*. Si nous essayons de déterminer la punition du *smuggling of migrants* dans la législation pénale espagnole, que ce soit pour le type basique de l'art. 318 bis alinéa 1^{er} CPE ou pour l'immigration clandestine de travailleurs (art. 313.1 CPE), nous nous trouverions face à des types pénaux d'ampleur excessive, sans aucun critère de restriction, et qui excéderaient la sanction pénale prévue par l'Union Européenne⁹⁶ mais aussi au niveau du droit comparé⁹⁷. Par conséquent, affirmer

⁹⁵ La réforme législative que nous demandons n'est pas orientée vers l'augmentation punitive de l'art. 313.1 CPE, mais vers la réduction de la peine de l'art. 318 bis CPE, pour que celle-ci soit proportionnelle par rapport aux autres délits prévus dans le Code pénal.

⁹⁶ Par exemple, la Décision-cadre 2002/946/JAI prévoit que dans les cas d'immigration clandestine à des fins lucratifs et commise dans le cadre des activités d'une organisation criminelle, le maximum de la peine d'emprisonnement ne peut être inférieur à huit ans. L'art. 318 bis du CPE prévoit dans ce cas une peine d'emprisonnement de huit ans et un jour à dix ans. S'agissant des chefs, des administrateurs ou des gérants de ces organisations ou associations, la peine d'emprisonnement peut être de dix ans et un jour à quinze ans. Nous considérons que cette peine est excessive, tout en prenant en compte que l'homicide est sanctionné avec une peine d'emprisonnement de dix à quinze ans (vid. art. 138 CPE). Ainsi, VILLACAMPA ESTIARTE, affirme que l'excès punitif du législateur espagnol pourrait porter à l'inaccomplissement des exigences d'harmonisation (dans "Consideraciones ...", cit.). De façon similaire, PEREZ CEPEDA considère que l'augmentation punitive due à la réforme de 2003 n'a pas de justification probable dans les textes européens et aussi dans les principes constitutionnels que doivent orienter l'élection des peines, tel que le principe de proportionnalité (Cfr. dans *Globalización* ..., p. 53).

⁹⁷ En effet, en ce qui concerne la régulation allemande, est prévue une peine d'emprisonnement jusqu'à 5 ans ou, alternativement, une peine d'amende, pour le trafic orienté vers un but lucratif ou avec un caractère habituelle (cfr. § 96 et ss. du

que la législation pénale espagnole régule les hypothèses de *smuggling of migrants* ne respecterait pas non plus les prévisions d'harmonisation, tout en emmenant sa portée à des limites intolérables. Face à cette question, nous considérons qu'il est préférable que le droit pénal « pêche » par défaut plutôt que par excès, tout en affirmant que l'art. 318 bis et l'art 313 CPE protègent la dignité des étrangers. Ce qui nous amène à considérer que le droit pénal espagnol ne régule pas les hypothèses d'immigration clandestine ou de trafic illicite de migrants telles qu'il en est au sein de l'Union Européenne et des Nations Unies.

III. Conclusions et réflexions à propos de la politique criminelle.

Comme nous venons de l'analyser, la législation pénale espagnole ne s'adapte guère aux prévisions d'harmonisation établies par les Nations Unies et l'Union Européenne, fait qui demande, à notre avis, une réforme législative. Dans ce domaine, une partie de la doctrine a proposé de nouveaux délits en fonction de ce qu'ils considèrent le plus convenable à propos de la politique criminelle⁹⁸. Néanmoins, même si l'exercice de *lege ferenda* est toujours positif, d'après nous, le débat sur la politique criminelle et les propositions de réforme législative ne

Aufenthaltsgesetz, du 30 juillet 2004). En Belgique, le “trafic des êtres humains” est sanctionné d'une peine d'emprisonnement allant d'un à cinq ans et d'une amende de cinq cents euros à cinquante mille euros. (Vid., art. 29 Loi du 10 août 2005, modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil). Dans le cas français, le délit basique, avec moins d'éléments que la régulation allemande, est sanctionné d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et une amende (vid., Chapitre II. Aide à l'entrée et au séjour irréguliers de l'Ordonnance n°2004-1248 du 24 novembre 2004, relative à la partie législative du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (art. 622-1 et ss.), depuis le premier mars 2005; Le Portugal prévoit une peine d'emprisonnement allant jusqu'à trois ans (Cfr., art. 134 et ss. du Decreto-Ley n°244/98, de 25 fevereiro, condições de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português (com as alterações dadas pela Lei n° 97/99, de 26 de Julho e pelo DL 34/2003, de 25 de Fevereiro). Enfin, l'Italie a prévu comme sanction du délit basique de trafic des êtres humains une peine d'emprisonnement de trois ans et une amende allant jusqu'à 15.000 euros pour chaque personne transportée (Vid., art. 11 du Legge 30 luglio 2002, n° 189, modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo). Ces prévisions contrastent avec la législation pénale espagnole, dont le délit basique est déjà sanctionné d'une peine d'emprisonnement de quatre à huit ans.

⁹⁸ Réalise une nouvelle proposition de rédaction des délits objet d'étude, avec de notables différences, ARROYO ZAPATERO, L.: “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, dans ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE (Dir.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*,, Ed., Universidad Castilla-La Mancha- Universidad de Salamanca (Ed), Cuenca, 2001, p. 30 et ss.; DE LEON VILLALBA, F.J.: *Tráfico de personas e inmigración ilegal* ..., cit., p. 425 et ss.; PEREZ CEPEDA, A.I.: *Globalización* ..., cit., p. 249 et ss.; Une proposition de définition du trafic de personnes est faite par, GARCIA ARAN, M.: “Introducción”, cit., p. 22.

doivent pas se soustraire à la réalité de l'appartenance de l'Espagne à l'Union Européenne.

Par conséquent, la première question à laquelle nous devons répondre est de savoir s'il est nécessaire que le Droit pénal espagnol sanctionne les conduites de *smuggling of migrants*. Nous répondrons à cette interrogation par l'affirmative⁹⁹ et les raisons qui nous y poussent sont uniquement le respect des engagements de l'Espagne vers l'harmonisation européenne et certaines raisons pratiques. Cela n'implique pas que nous considérons comme convenable, non seulement dans le droit pénal espagnol, mais aussi par rapport aux décisions européennes, la typification comme délit, la conduite de ceux qui aident à un déplacement ou un séjour illégaux sur le territoire européen ; encore moins les prévisions de certains Etats membres qui sanctionnent pénalement l'immigrant lui-même¹⁰⁰. Nous analyserons cette question ci-après. Il suffit de souligner que l'Espagne doit réellement assumer les engagements d'harmonisation qu'établit l'Union Européenne dans les domaines qu'elle considère particulièrement sensibles. Le fait de sanctionner par le droit pénal les hypothèses de *smuggling of migrants* a été une option explicite de politique criminelle européenne. L'Espagne ne peut pas se soustraire à cette obligation et ne peut pas non plus se soustraire à la possibilité d'un « effet d'appel » -qui pourrait être provoqué dans un territoire où existe la liberté de circulation-, si certains Etats sanctionnent les hypothèses de *smuggling of migrants* et d'autres non. Une harmonisation législative, autant des hypothèses de *trafficking in human beings* que de celles de *smuggling of migrants* est nécessaire, étant donné le caractère transfrontalier du phénomène, l'implication fréquente de structures organisées dans la commission de tels délits et la liberté de circulation dans l'Union Européenne.

Pour ces raisons, nous concluons qu'il est convenable dans le droit pénal espagnol que soient régulés séparément les délits de *trafficking* et les délits de

⁹⁹ Des auteurs sont aussi partisans d'inclure de *lege ferenda* les hypothèses de *smuggling of migrants* dans le Droit pénal espagnol, ARROYO ZAPATERO, L.: "Propuesta de eurodelito ...", cit., p. 30; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el Código penal español", dans RODRÍGUEZ MESA, M.J./Ruiz RODRÍGUEZ, L. (coord.), *Immigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 107.

¹⁰⁰ Vid., dans ce sens, en Allemagne, § 95 du *Aufenthaltsgesetz*, du 30 juillet 2004; en France, art. 621-1 de l'*Ordonnance n°2004-1248 du 24 novembre 2004, relative à la partie législative du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*; En Portugal, l'art. 136 du *Decreto Ley n°34/2003*, du 25 de février; La Belgique, avec une sanction substantiellement inférieure par rapport aux régulations antérieures, art. 75 *Loi du 15 décembre 1980, sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*. En Italie, dans le cas où l'étranger pénètre à nouveau illégalement, après une expulsion, art. 13 alinéa 13 *Legge 30 luglio 2002, n. 189 Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*.

*smuggling*¹⁰¹. La typification séparée des ces deux phénomènes devrait être en accord dans ses traits essentiels avec les prévisions de l'Union Européenne. De cette manière, le délit de traite des êtres humains devrait protéger n'importe quelle victime -nationale ou étrangère- ; il devrait faire abstraction de l'ilégalité du transfert ; il devrait régler comme éléments inhérents du délit -et non comme des modalités aggravées tels que prévu à l'heure actuelle- l'annulation ou la limitation du consentement de la victime pour leur déplacement –telles que la violence, l'intimidation, la tromperie, l'abus de situation de supériorité ou de vulnérabilité- ; enfin, il devrait être orienté vers la protection avancée de la liberté sexuelle, des droits du travail ou de l'intégrité, tout en prévoyant les finalités d'exploitation sexuelle, du travail ou de prélèvement d'organes. En ce qui concerne l'aide à l'immigration clandestine, le caractère transfrontalier et l'infraction des normes relatives à l'entrée et au séjour des citoyens étrangers dans l'espace de l'Union devraient être essentiels, bien que l'exclusion de la typicité des comportements qui ont pour but d'apporter une aide humanitaire devrait être formellement prévue¹⁰². Les peines applicables aux délits respectifs devraient être radicalement différentes, tout en ayant une intensité mineure le délit d'immigration clandestine. Il est aussi convenable que les peines soient proportionnelles avec le reste des articles du Code pénal.

Après avoir exposé les lignes directrices de ce que le législateur espagnol devrait probablement réguler en accomplissement des engagements communautaires, il est possible de se poser la même question du point de vue du législateur européen. En effet, à propos de la politique criminelle de l'Union, nous ne sommes pas d'accord avec l'ensable de la régulation établie par les institutions communautaires, particulièrement en ce qui concerne l'immigration clandestine. Et c'est précisément par la croyance en l'Union Européenne comme un espace où les droits de l'homme doivent être protégés que nous réalisons cette critique. Nous considérons que, pour que l'on puisse justifier d'un point de vue de politique criminelle l'intervention pénale dans la protection des flux migratoires, le débat ne peut pas se soustraire aux considérations suivantes : A) La légitimité de la protection, considérée sous deux angles : premièrement, la légitimité de l'objet, c'est-à-dire la légitimité de la politique migratoire concrète ; deuxièmement, la légitimité de l'intervention pénale, qui doit s'appuyer sur la protection insuffisante de la part du droit administratif. B) L'utilité de l'intervention, c'est-à-dire si elle sert par exemple à sauvegarder la sécurité, l'ordre public ou l'économie du territoire d'accueil, entre autres. En conséquence, on doit pouvoir vérifier l'incidence de l'immigration illégale sur ces aspects.

¹⁰¹ Dans ce sens, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Normativa europea ...", cit., p. 107.

¹⁰² Op. cit.

En ce qui concerne la première question, nous devons garder à l'esprit que les politiques migratoires des Etats membres ont changé tout au long de l'histoire en fonction des besoins économiques. Dans les années où l'Europe avait besoin de main d'œuvre pour sa reconstruction après la deuxième guerre mondiale, l'immigration était acceptée, de façon légale ou illégale. Pourtant, suite à la crise du pétrole des années 70, les Etats procédèrent à une restriction normative de l'immigration¹⁰³, qui culmine avec l'établissement de délits pour ceux qui aident les étrangers à pénétrer et à séjourner illégalement en l'Europe. D'après un secteur de la doctrine, l'*acquis Schengen* n'a pas échappé à cette vision restrictive et de fermeture face à l'immigration en provenance des Etats tiers¹⁰⁴. Cette vision utilitariste de l'immigrant¹⁰⁵, qui est bienvenu ou rejeté sur la base des conjonctures économiques, n'est pas justifiable. On ne peut pas subordonner une attribution distincte de droits aux personnes en fonction des besoins économiques. Alors que le concept de citoyenneté avait été une conquête historique pour l'accès aux droits¹⁰⁶, il représente aujourd'hui un facteur d'exclusion¹⁰⁷, car au non citoyen de l'Union ne lui sont pas reconnus de nombreux droits de grande importance, ce qui reflète une « discrimination institutionnelle ». Néanmoins, il n'existe aucun argument philosophique qui puisse justifier cette différence dans l'attribution de droits. Par conséquent, la tutelle pénale de cette politique migratoire de caractère utilitariste ne semble être guère légitime, tout en fomentant et en augmentant l'exclusion et la victimisation de personnes déjà dans une situation de risque, à cause des conditions précaires dont ils souffrent dans leur pays d'origine. De plus, cette politique migratoire peut

¹⁰³ Cfr., WIHTOL DE WENDEN, C.: *Faut-il ouvrir les frontières?*, cit.; PAJARES, M.: "La política europea de inmigración", *CRL*, n° 1, 2002 p. 146; ROJO TORRECILLA, E.: "Inmigración y Derechos humanos. Retos y perspectivas", *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n° 44, juillet, 2002, p. 54.

¹⁰⁴ Vid., entre autres, DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ, M./ OLIVELLA ANTELA, A.I.: "La Europa de Schengen: la política migratoria como control de flujos", dans MORENTE MEGÍAS, F.: *Inmigrantes, claves para un futuro inmediato*, Cuadernos étnicos de la Universidad de Jaén, 2000, p. 237; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002, p. 42; TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "El Estado y los conflictos sociales: la función del sistema penal", *RDS*, n°9, 2000, p. 29.

¹⁰⁵ Vid., pour tous, RODRÍGUEZ MESA, M.J.: "Las migraciones laborales desde la óptica del Derecho penal", *RDS*, n° 15, 2001, p. 87.

¹⁰⁶ Cfr., ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G.: "La protección contra la discriminación ...", cit., p. 304.

¹⁰⁷ Vid. DE LUCAS, J.: "Inmigración, ciudadanía, derechos: el paradigma de la exclusión", dans RODRÍGUEZ, M.E./ TORNOS, A.: *Derechos culturales, los derechos humanos de los inmigrantes*, Comillas, Madrid, 2000, p. 15; "Fronteras de los derechos humanos: Racismo y estrategias de legitimación en la Unión Europea", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fachique Furió*, n°17, Valencia, 1996, p. 44.

en venir à être plus restrictive par rapport aux besoins européens, tels que combattre la baisse de la natalité et couvrir certains postes de travail. L'Espagne peut en être un exemple, avec ses nombreuses régularisations *a posteriori* des immigrants qui séjournent dans une situation d'irrégularité administrative. Si la politique migratoire avait été davantage flexible et cohérente avec les besoins – autant des pays d'origine que d'accueil- il ne serait pas nécessaire de réaliser des régularisations *a posteriori* et l' « effet d'appel » pourrait être en partie évité¹⁰⁸. Par conséquent, la question essentielle est de savoir comment on peut organiser légalement l'entrée des flux migratoires pour trouver des solutions à l'actuelle inadéquation des cadres légaux à la réalité sociale et offrir un cadre de protection des droits de l'homme à la capacité d'absorption européenne et à la pression migratoire des pays tiers¹⁰⁹.

S'agissant de l'utilité de la protection pénale des flux migratoires, nous devons garder à l'esprit que cette politique migratoire restrictive ne peut pas parvenir à contenir une immigration encouragée par des causes structurelles. Un durcissement des conditions d'entrée et de séjour ne garantit pas que l'immigration diminue mais plutôt qu'elle soit considérée comme illégale¹¹⁰. Cela provoque comme conséquence négative l'attribution de moins de droits aux immigrants qui arrivent et s'installent dans des conditions d'illégalité dans le pays d'accueil. La protection pénale du contrôle des frontières aggrave la discrimination et le manque de protection des immigrants. Les immigrants feront souvent appel à des organisations criminelles si les conditions d'entrée et de séjour légales sont extrêmement limitées. De surcroit, ces organisations adoptent des *modus operandi* très dangereux pour les immigrants, en plus de constituer une menace à la sécurité des Etats. La sanction pénale pour ceux qui aident à réaliser une immigration illégale introduit un élément qui accroît le prix à payer par l'immigrant et implique un facteur de risque pour la sécurité de celui-ci¹¹¹.

¹⁰⁸ Sur la relation entre les politiques restrictives d'immigration et l'"effet d'appel", cfr., entre autres, DE LEÓN VILLALBA, F.J.: *Tráfico de personas* ..., cit., p. 52; PAJARES, M.: "La política europea de inmigración ...", cit., p. 147; RUÍZ LÓPEZ, F./ RUÍZ BIEYTEZ, E.: *Las políticas de inmigración* ..., cit., p. 201; GARCÍA ESPAÑA, E.: *Inmigración y delincuencia en España. Análisis criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 514 y ss.

¹⁰⁹ Voir de façon plus approfondie, PÉREZ CEPEDA, A.I.: *Globalización* ..., cit., p. 306 et ss.

¹¹⁰ Cfr., pour tous, OSSERVAZIONI DI MAGISTRATURA DEMOCRATICA, GIURISTI DEMOCRATICI E ASSOCIAZIONE STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE.: "Decreto legge n. 489/1995 e politica dell'immigrazione", *Questione Giustizia*, n° 4, 1995, p. 990; GARCÍA ESPAÑA, E.: "La delincuencia de inmigrantes en España", dans ASÚA BATARRITA, A. et al.: *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 146.

¹¹¹ Vid., pour tous, GARCÍA ARAN, M. et al.: *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006.

En outre il n'existe pas, sauf erreur ou omission, des données suffisamment exactes sur le nombre d'étrangers irréguliers, ceci étant le premier pas indispensable pour pouvoir calculer l'impact qu'ils ont dans le territoire d'accueil. En conséquence il n'existe pas de constatation empirique des arguments qui tendent à justifier l'intervention pénale des possibles « menaces » à la sécurité des Etats d'accueil ou d'établir un rapport tendancieux entre l'immigration et la délinquance. C'est dans ce sens que l'intervention pénale manque à nouveau de légitimité et de fondement, pas seulement en ce qui concerne l'objet de protection, mais aussi la façon dont la normative européenne prétend le protéger. Même si on accepte ce qui n'est pas vérifié, la tutelle pénale ébauchée par l'Union Européenne manque, par son excessive ampleur, d'éléments capables d'affecter les biens juridiques qui semblent être l'objet de protection. Nous remarquons l'absence de différents éléments : finalité lucrative, réalisation du délit par des organisations criminelles, le caractère habituel de ces conduites comme des éléments inhérents au délit. Ceci provoque que des conduites inoffensives puissent être considérées comme délictuelles, en flagrante contradiction avec le niveau offensif et le principe d' « *ultima ratio* » qui doivent orienter toute intervention pénale.

Enfin, le débat à propos de la politique criminelle doit se concentrer sur la pondération des coûts et des bénéfices d'une intervention pénale, qui doit hiérarchiser les intérêts en jeu. Dans ce cas, l'intérêt prioritaire doit être la protection des personnes en danger, protection qui doit passer avant toute considération de celles de biens étatiques. La tutelle pénale des flux migratoires ne doit pas représenter une aggravation de la situation des personnes les plus vulnérables, sans risquer que cette tutelle soit illégitime et contradictoire avec les principes les plus basiques de notre système démocratique et social. Ce qui doit préoccuper davantage les Etats européens, définis eux-mêmes comme sociaux, est principalement la violation des droits de l'homme qui se produit dans les phénomènes d'immigration. Les bases du système social et de tutelle de l'individu peuvent être sérieusement remises en cause si on met à l'avant-plan la protection pénale d'intérêts diffus d'une justification douteuse en délaissant la dignité et les droits fondamentaux des immigrants.