

Posicionamiento CCBE sobre la propuesta de Directiva para establecer normas mínimas destinadas a prevenir y reprimir la ayuda a la entrada, circulación y estancia irregulares en la Unión Europea

17/05/2024

RESUMEN EJECUTIVO

En este documento, el CCBE analiza la propuesta de la Comisión Europea de una nueva directiva denominada contra el contrabando. Las principales preocupaciones del CCBE se refieren a las vagas definiciones de las disposiciones, que no cumplen el objetivo declarado de aclarar qué delitos deben tipificarse. Por lo tanto, la propuesta corre el riesgo de afectar a los abogados que prestan asistencia a los migrantes o a la sociedad civil que actúa por motivos humanitarios. El CCBE está especialmente preocupado por el posible efecto amedrentador sobre los abogados y los riesgos de criminalización de la asistencia jurídica. En consecuencia, los legisladores de la UE deberían adoptar una redacción más clara en las disposiciones clave de la propuesta e incluir una cláusula de solidaridad obligatoria, explícita, inequívoca y de amplio alcance.

1. Introducción

El 28 de noviembre de 2023, la Comisión publicó una propuesta de [Directiva por la que se establecen normas mínimas para prevenir y contrarrestar la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares en la Unión](#). La Directiva sustituiría al marco actual, denominado "paquete de medidas sobre la facilitación" (Directiva 2002/90/CE¹ por la que se establece una definición común del delito de ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, y Decisión marco 2002/946/JAI destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares). El objetivo general es establecer un instrumento que "defina claramente y sancione eficazmente el delito de ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares en la UE".² El objetivo declarado de la nueva propuesta es aclarar qué delitos deben tipificarse.

En este documento, el CCBE analiza la propuesta y señala los riesgos que podría provocar y su posible impacto negativo sobre los derechos fundamentales y el acceso a la justicia.

Las principales preocupaciones se refieren a las definiciones de la propuesta, que no cumplen el objetivo declarado de aclarar qué delitos deben tipificarse y aportar seguridad jurídica.

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32002L0090>

² Página 3 de la propuesta de la Comisión

El CCBE llama especialmente la atención sobre el impacto potencial de la propuesta sobre los abogados que prestan asesoramiento jurídico en el ámbito del Derecho de migración y asilo, en particular el efecto amedrentador sobre los abogados y los riesgos de criminalización de la asistencia jurídica.

2. Contexto

El CCBE subraya que la propuesta no debería tener un efecto disuasorio sobre quienes prestan asesoramiento jurídico o asistencia humanitaria.

La Comisión y las partes interesadas señalaron la amplitud de la definición en el actual marco vigente³ como uno de los retos. La ausencia de exenciones también se considera un problema. La sociedad civil destacó los riesgos de criminalización de la asistencia prestada por ONG o particulares que ayudan y/o trabajan con inmigrantes irregulares. La exposición de motivos de la Comisión reconoce que ha habido casos en los que, debido a la amplia definición del delito, se ha procesado a personas por prestar servicios a migrantes irregulares en el contexto de sus actividades profesionales o por prestar asistencia por motivos desinteresados.

Este es también el contexto que conoce el CCBE a partir de los informes que recibe de los abogados que prestan asistencia a los solicitantes de asilo. La situación actual es ya bastante vaga e incierta para los abogados que prestan asesoramiento en las fronteras. Teniendo en cuenta esto, y el ambiente político hostil que prevalece,⁴ muchos abogados consideran que siempre existe el riesgo de que se les relacione con el contrabando. El CCBE obtuvo informes de que los abogados se abstienen de prestar asistencia jurídica en algunas circunstancias por temor a que las autoridades puedan utilizarla en su contra como prueba de que están relacionados con el contrabando. Por lo tanto, la legislación vigente tiene un efecto disuasorio sobre la prestación de asistencia jurídica a los solicitantes de asilo.

Se pueden citar pocos casos para ilustrar que los abogados fueron blanco de la "legislación antifacilitadores". En 2016, el CCBE expresó su preocupación por el acoso continuado a Electra Koutra, una refugiada griega y abogada de derechos humanos que ayudaba a refugiados sirios.⁵ Otras organizaciones también han denunciado casos de este tipo.⁶

³ La definición vigente es la siguiente "1. Cada Estado miembro adoptará las sanciones adecuadas para:
(a) toda persona que ayude intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar por él, infringiendo la legislación de dicho Estado en materia de entrada o tránsito de extranjeros;
(b) toda persona que, con ánimo de lucro, ayude intencionadamente a una persona que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro a residir en el territorio de un Estado miembro, infringiendo la legislación de dicho Estado en materia de residencia de extranjeros.
Cualquier Estado miembro podrá decidir no imponer sanciones en relación con el comportamiento definido en el apartado 1, letra a), aplicando su legislación y práctica nacionales para los casos en que el objetivo del comportamiento sea prestar asistencia humanitaria a la persona afectada."

⁴ Sobre este aspecto, [véase también el informe](#) del Comisario de Derechos Humanos del CdE: "En términos más generales, figuras públicas de alto nivel en varios Estados miembros han hablado de los refugiados, solicitantes de asilo y migrantes como amenazas a la seguridad, como una 'invasión' o en términos aún peores, lo que también pinta a quienes defienden a estos grupos como cómplices de amenazas a la nación. Los abogados que representan a solicitantes de asilo o inmigrantes, o que litigan contra leyes o políticas vigentes, pueden ser descalificados como si actuaran en contra de los intereses del Estado, socavando los esfuerzos del gobierno por controlar la inmigración, en lugar de como profesionales dedicados a la práctica totalmente legítima de interponer recursos legales en interés de sus clientes".

⁵ Consulte [aquí](#) la carta del CCBE sobre derechos humanos.

⁶ [Véase https://www.barcouncil.org.uk/resource/legal-community-gravely-concerned-joint-statement-from-the-bar-council-and-law-society.html](https://www.barcouncil.org.uk/resource/legal-community-gravely-concerned-joint-statement-from-the-bar-council-and-law-society.html) o <https://ecre.org/op-ed-a-multiple-hazard-area-refugees-and-their-lawyers-in-danger/>

El CCBE recuerda que los abogados deben poder desempeñar sus funciones profesionales sin temor a represalias, obstáculos, intimidación o acoso, de acuerdo con los principios básicos de las Naciones Unidas sobre la función de los abogados.

"16. Los gobiernos velarán por que los abogados: a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidación, obstáculos, acoso o injerencias indebidas; b) puedan viajar e consultar libremente con sus clientes tanto en su propio país como en el extranjero; y (c) no sufrir, ni ser amenazados con sufrir, persecución o sanciones administrativas, económicas o de otro tipo por cualquier acción realizada de conformidad con los deberes, normas y ética profesionales reconocidos."

El Relator Especial de la ONU subraya que los Estados deben garantizar que las personas que ejercen la abogacía puedan ejercer su profesión sin restricciones indebidas. Por lo tanto, deben adoptar las medidas necesarias en la legislación y en la práctica para garantizar que dichas personas puedan desempeñar sus funciones profesionales sin ningún tipo de injerencia, acoso, amenaza o intimidación.⁷

En este contexto, el CCBE pide a los legisladores que modifiquen la propuesta de manera que las disposiciones sean jurídicamente precisas y no permitan ningún uso indebido de la directiva para intimidar a los abogados u otros profesionales y agentes de la sociedad civil que prestan asistencia jurídica o humanitaria a los migrantes y solicitantes de asilo.

El CCBE considera que, si se modificara la propuesta en el sentido que se sugiere a continuación, se lograría su objetivo: establecer una mayor certidumbre.

3. Análisis de las disposiciones de la propuesta y sugerencias de mejora

A. Artículo 3

El CCBE está de acuerdo con la conclusión de la Comisión⁸ de que es necesario definir claramente el delito de facilitación.

El texto propuesto en el artículo 3 dice lo siguiente:

"1. Los Estados miembros velarán por que la ayuda intencionada a un nacional de un tercer país para que entre, transite o permanezca en el territorio de cualquier Estado miembro, infringiendo el Derecho pertinente de la Unión o la legislación del Estado miembro de que se trate sobre entrada, tránsito y estancia de nacionales de terceros países, constituya una

⁷ Véase el reciente informe del Relator Especial de la ONU de 2022, [disponible aquí](#): 102. Los Estados tienen el deber de garantizar que las personas que ejercen la abogacía puedan ejercer su profesión sin restricciones indebidas. Por lo tanto, deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que dichas personas puedan desempeñar sus funciones profesionales sin ningún tipo de injerencia, acoso, amenaza o intimidación. (...)

112. Los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el libre ejercicio de la abogacía, en todas las circunstancias, de modo que los abogados puedan ejercer sus legítimos derechos y deberes profesionales sin temor a represalias y libres de toda restricción, incluido el acoso judicial.

113. Parte del deber de garantía de los Estados es proteger la integridad física y psicológica y la seguridad de los abogados y sus familias. Esto implica tomar medidas eficaces para observar, en la ley y en la práctica, los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados y otras normas relacionadas con la independencia y los deberes de los abogados.

infracción penal cuando:

a) la persona que realiza la conducta solicita, recibe o acepta, directa o indirectamente, un beneficio económico o material, o una promesa en ese sentido, o realiza la conducta para obtener dicho beneficio; o

b) existe una alta probabilidad de causar daños graves a una persona.

2. Los Estados miembros velarán por que se tipifique como delito la instigación pública a nacionales de terceros países a entrar, transitar o permanecer en el territorio de cualquier Estado miembro infringiendo la legislación pertinente de la Unión o del Estado miembro de que se trate sobre la entrada, el tránsito y la estancia de nacionales de terceros países."

a) Debilidad del lenguaje y de la definición

En cuanto al artículo 3, par. 1 a) y la noción de beneficio directo, los siguientes ejemplos ilustran que puede ser problemático.

Actividades como el alquiler de alojamientos, la venta de comida, el alquiler de habitaciones de hotel, la prestación de asesoramiento jurídico, la asistencia médica y todos los demás servicios directos a cambio de dinero que faciliten la entrada, el tránsito y la estancia ilegales de nacionales de terceros países son, por tanto, punibles cuando infringen las leyes de inmigración de la Unión y de los Estados miembros y cuando el "prestador de servicios" es consciente de que sus servicios facilitan la entrada y/o la estancia ilegales. Podría argumentarse que el salario pagado a un abogado, o la financiación recibida por una ONG de un donante para prestar asistencia jurídica, podría constituir un beneficio financiero o material directo o indirecto.

En cuanto al artículo 3 par. 1 b), el CCBE señala que falta el elemento de beneficio material, presente en el par. 1 a). Para que se considere delito, la "alta probabilidad de causar daños graves a una persona" debería combinarse con el requisito del beneficio material. De lo contrario, si falta este elemento, las acciones humanitarias para trasladar a personas en circunstancias difíciles en las que incluso la vida podría estar en peligro podrían ser tipificadas como delito. Por lo tanto, b) no puede considerarse un elemento del delito en sí.

Por último, el segundo párrafo del artículo 3 relativo a la instigación pública es vago y debería suprimirse. A este respecto, el CCBE llama la atención de los legisladores de la UE sobre la posición del Relator Especial de la ONU sobre los defensores de los derechos humanos que va en este sentido.⁹

Estas consideraciones ilustran la vaguedad y debilidad del lenguaje del artículo 3.

b) Ausencia de cláusula humanitaria

El texto de la directiva en vigor contenía una disposición explícita que preveía que los Estados miembros podían excluir las conductas cuyo objetivo fuera prestar asistencia humanitaria a la persona afectada, la llamada cláusula humanitaria.¹⁰

El CCBE llama la atención de los legisladores sobre el hecho de que la Directiva vigente ha sido cuestionada ante los tribunales en cuanto a su compatibilidad con la Carta de la UE por, entre otras cosas, no prever la obligación de los Estados miembros de excluir de la penalización una conducta que facilite la entrada no autorizada destinada a prestar asistencia humanitaria a ciudadanos

⁹ [Position Paper: on the EU Commission's proposed Directive to update the EU legal framework on people smuggling - UN SR Human Rights Defenders \(srdefenders.org\)](#)

¹⁰ Véase la nota 3.

extranjeros.¹¹ Existen dudas sobre si el actual marco normativo de la UE respeta los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, ya que le permite sacrificar derechos fundamentales (por ejemplo, derecho a la vida, derecho de asilo) dignos de protección en casos en los que ese sacrificio no es necesario para la consecución de los objetivos que el propio legislador se propone (es decir, controlar la migración).

La nueva propuesta contiene un considerando 7 que indica que el comportamiento humanitario no debe penalizarse. La Comisión argumenta en la parte explicativa de la propuesta que "aclara que el objetivo de la Directiva no es criminalizar a los nacionales de terceros países por el hecho de ser objeto de tráfico ilícito", la asistencia prestada a miembros de la familia, o la asistencia humanitaria o el apoyo a las necesidades humanas básicas prestados a nacionales de terceros países en cumplimiento de obligaciones legales".

El CCBE no está de acuerdo con esta conclusión y considera que un mero considerando no basta para garantizar que la propuesta no conduzca a la criminalización de la asistencia solidaria, jurídica o humanitaria. Por el contrario, el CCBE constata, como también lo han hecho otras organizaciones¹² que la nueva propuesta no contiene ninguna disposición relativa a la cláusula humanitaria en el cuerpo del texto.

Esto significa que cualquiera que ayude a un nacional de un tercer país a entrar, transitar o permanecer en la UE infringiendo la legislación europea y nacional comete un delito. El alcance de esta disposición es increíblemente amplio, sobre todo si se tiene en cuenta que la definición de nacional de un tercer país es la siguiente:

"nacional de un tercer país": toda persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 20, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que no sea beneficiario del derecho de libre circulación con arreglo al Derecho de la Unión, tal como se define en el artículo 2, punto 5, del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo¹³;

La exención facultativa actualmente en vigor ya no está prevista en la propuesta. Por lo tanto, en realidad, la propuesta suprime incluso la exención facultativa que está ahora en vigor.

Tras un examen más detallado del texto de la directiva propuesta, la exención no se establece explícitamente en ninguna parte. Por lo tanto, básicamente cualquiera que ayude a un nacional de un tercer país a cruzar las fronteras y permanecer ilegalmente en uno de los Estados miembros, lo sepa y reciba una compensación por ello podría ser procesado. Para los abogados, esto podría significar, en un caso extremo, que los abogados ya no pueden asesorar sobre las opciones de residencia u otros derechos sociales que un nacional de un tercer país podría tener durante su estancia en la UE. Las ONG que cooperan con abogados o incluso encargan a un abogado que asista a alguien también podrían encontrarse en la misma situación si reciben subvenciones por tales acciones.

Mientras que antes la norma era que los Estados miembros podían introducir una norma para excluir la ayuda humanitaria del ámbito de aplicación de la directiva, la línea actual es que no es necesario excluirla explícitamente porque ya estaría prevista en otra legislación y jurisprudencia de los Estados miembros. Este argumento no es válido, ya que podría incluirse fácilmente.

El Relator Especial de la ONU destacó que "*el carácter facultativo de la cláusula humanitaria en la legislación original abrió la puerta a la criminalización del apoyo a los migrantes destinado a que se respeten sus derechos fundamentales*".¹⁴ Por consiguiente, cabe deducir que la intención de la

¹¹ Asunto pendiente C-460/23, [Kinshasa disponible aquí](#).

¹² [Position Paper: on the EU Commission's proposed Directive to update the EU legal framework on people smuggling - UN SR Human Rights Defenders \(srdefenders.org\)](#)

¹³ Apartado 1 del artículo 2 de la propuesta, disponible [aquí](#).

¹⁴ [Position Paper: on the EU Commission's proposed Directive to update the EU legal framework on people smuggling - UN](#)

propuesta es eliminar la denominada cláusula humanitaria para crear ambigüedad e incluso un efecto amedrentador tanto para las ONG como para los abogados.

Teniendo en cuenta el contexto explicado anteriormente, dado que la propuesta elimina las salvaguardias existentes y no prevé que los abogados queden expresamente exentos, parece empeorar potencialmente la situación de quienes asisten a los inmigrantes y, en consecuencia, de los propios inmigrantes.

Por lo tanto, es esencial que se reintroduzca en el texto una cláusula de amplio alcance, que abarque no sólo a los abogados y las ONG, sino también a los ciudadanos de a pie que también se enfrentarán a esta cuestión; ciudadanos de a pie que, a su vez, querrán contar con ONG y abogados. Debería abarcar tanto a particulares como a organizaciones. En el artículo 3 deberían incluirse explícitamente exenciones claras. La exención debería ser obligatoria para todos los Estados miembros.

Por ello, el CCBE pide que se introduzca en las disposiciones de la propuesta una cláusula de solidaridad obligatoria, explícita, inequívoca y de amplio alcance.

Esto también estaría en consonancia con las orientaciones de la Comisión para 2020 sobre la aplicación de las normas de la UE en materia de definición y prevención de la facilitación (...) que establecen que la ayuda humanitaria ordenada por la ley no puede ni debe criminalizarse.

Propuesta de la Comisión	Sugerencias de modificación de la CCBE
<p>Considerando 6</p> <p>De conformidad con los principios de legalidad y proporcionalidad del Derecho penal, y con el fin de hacer frente a las actividades delictivas que ponen en peligro la vida humana y no respetan la dignidad de las personas con el fin de obtener beneficios, es necesario proporcionar una definición precisa y detallada de las infracciones penales que contrarrestan estos comportamientos delictivos. La ayuda a la entrada, el tránsito o la estancia no autorizados en la Unión debe constituir una infracción penal cuando exista un vínculo con un beneficio financiero o material real o prometido. También debe tipificarse esta conducta siempre que sea muy probable que cause un perjuicio grave a los nacionales de terceros países que hayan sido objeto de la infracción penal o a cualquier otra persona, aunque no exista beneficio financiero o material ni promesa de tal beneficio. Es necesario tipificar el delito para desalentar el modus operandi de las personas que instigan públicamente, por ejemplo a través de internet, a nacionales de terceros países a entrar, transitar o permanecer en la Unión sin autorización. Facilitar información objetiva o asesoramiento a nacionales de terceros países sobre las condiciones de entrada y estancia legales en la Unión, así como sobre protección internacional, no debe entenderse como instigación pública.</p>	<p>Considerando 6</p> <p>De conformidad con los principios de legalidad y proporcionalidad del Derecho penal, y con el fin de hacer frente a las actividades delictivas que ponen en peligro la vida humana y no respetan la dignidad de las personas con el fin de obtener beneficios, es necesario proporcionar una definición precisa y detallada de las infracciones penales que contrarrestan estos comportamientos delictivos. La ayuda a la entrada, el tránsito o la estancia no autorizados en la Unión debe constituir una infracción penal cuando exista un vínculo con un beneficio financiero o material real o prometido. Esta conducta también debe tipificarse como delito siempre que sea muy probable que cause un perjuicio grave a los nacionales de terceros países que hayan sido objeto de la infracción penal o a cualquier otra persona, aunque no exista beneficio financiero o material ni promesa de tal beneficio. Es necesario tipificar el delito para desalentar el modus operandi de las personas que instigan públicamente, por ejemplo a través de internet, a nacionales de terceros países a entrar, transitar o permanecer en la Unión sin autorización. Facilitar información objetiva o asesoramiento a nacionales de terceros países sobre las condiciones de entrada y estancia legales en la Unión, y sobre protección internacional, no debe entenderse como instigación pública. Proporcionar asesoramiento jurídico, incluida la información jurídica, no debe entenderse como instigación pública.</p>
<p>Considerando 7</p> <p>Conviene prever la responsabilidad penal cuando exista un vínculo con un beneficio financiero o material, o cuando sea muy probable que los inmigrantes sufran daños graves. Estos elementos normalmente no se cumplen cuando se trata de la asistencia entre familiares o la prestación de ayuda humanitaria o de apoyo a las necesidades humanas básicas. Los nacionales de terceros países no deben incurrir en responsabilidad penal por haber sido objeto de tales infracciones penales. Además, la presente Directiva no tiene por objeto penalizar, por una parte, la asistencia</p>	<p>Considerando 7</p> <p>Conviene prever la responsabilidad penal cuando exista un vínculo con un beneficio financiero o material, o cuando sea muy probable que los inmigrantes sufran daños graves. Estos elementos normalmente no se cumplen cuando se trata de la asistencia entre familiares o la prestación de ayuda humanitaria o el apoyo a las necesidades humanas básicas. Los nacionales de terceros países no deben incurrir en responsabilidad penal por haber sido objeto de tales infracciones penales. Además, la presente Directiva no tiene por objeto penalizar, por una parte, la asistencia</p>

<p>prestada a los miembros de la familia y, por otra, la asistencia humanitaria o el apoyo a las necesidades humanas básicas prestados a nacionales de terceros países en cumplimiento de obligaciones legales.</p>	<p>prestada a los miembros de la familia y, por otra, la asistencia humanitaria o el apoyo a las necesidades humanas básicas prestados a nacionales de terceros países en cumplimiento de obligaciones legales. La presente Directiva tampoco tiene por objeto penalizar la prestación de asesoramiento jurídico, incluida la información jurídica, por parte de abogados.</p>
<p>Artículo 3</p> <p><i>Delitos penales</i></p> <p>1. Los Estados miembros velarán por que se tipifique como delito la ayuda intencionada a un nacional de un tercer país a entrar, transitar o permanecer en el territorio de cualquier Estado miembro, infringiendo la legislación pertinente de la Unión o la legislación del Estado miembro de que se trate sobre entrada, tránsito y estancia de nacionales de terceros países, cuando:</p> <p>a) la persona que realiza la conducta solicita, recibe o acepta, directa o indirectamente, un beneficio económico o material, o una promesa en ese sentido, o realiza la conducta para obtener dicho beneficio; o</p> <p>b) existe una alta probabilidad de causar daños graves a una persona.</p> <p>2. Los Estados miembros garantizarán que instigar públicamente a terceros países la entrada, el tránsito o la estancia de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro infringiendo el Derecho de la Unión o la legislación del Estado miembro de que se trate sobre la entrada, el tránsito y la estancia de nacionales de terceros países constituye una infracción penal.</p>	<p>Artículo 3</p> <p><i>Delitos penales</i></p> <p>1. Los Estados miembros velarán por que se tipifique como delito la ayuda intencionada a un nacional de un tercer país a entrar, transitar o permanecer en el territorio de cualquier Estado miembro, infringiendo la legislación pertinente de la Unión o la legislación del Estado miembro de que se trate sobre entrada, tránsito y estancia de nacionales de terceros países, cuando:</p> <p>a) la persona que realiza la conducta solicita, recibe o acepta, directa o indirectamente, un beneficio económico o material, o una promesa en ese sentido, o realiza la conducta para obtener dicho beneficio; o</p> <p>b) existe una alta probabilidad de causar un daño grave a una persona y cuando la persona que lleva a cabo la conducta recibe o acepta un beneficio financiero o material.</p> <p>2. Miembro Estados deberán garantizar que la instigación pública a nacionales de terceros países para que entren, transiten o permanezcan en el territorio de cualquier Estado miembro, infringiendo la legislación pertinente de la Unión o la legislación del Estado miembro de que se trate sobre la entrada, el tránsito y la estancia de nacionales de terceros países, constituya una infracción penal.</p> <p>2. Los Estados miembros no considerarán infracción penal los casos en que:</p> <p>a) se presta asistencia por razones humanitarias a personas sin residencia legal</p> <p>b) los abogados prestan asistencia jurídica a las personas sin residencia legal</p>

	Los abogados, voluntarios, cuidadores profesionales u organizaciones de la sociedad civil pueden proporcionar asistencia médica, alimentos, ropa o refugio, o buscar y/o sugerir vías legales relacionadas con la situación de inmigración y/o los derechos fundamentales de la persona afectada. No pueden ser procesados ni sancionados por estas actividades.
--	---

c) Definición de complicidad (artículo 5)

La clave para evitar que esta disposición -relativa a la "incitación, complicidad y tentativa"- se aplique erróneamente es la definición que figura en el artículo 3, tal y como se ha comentado anteriormente. Al CCBE le preocupa que este artículo abra aún más la puerta a la intimidación de la sociedad civil y los abogados.

B. Otras consideraciones

a) Sanciones para las personas físicas (artículo 6)

El artículo 6 par. 5 a) contiene una redacción que podría dar pie a sancionar a los abogados. Dice así:
"Además de las sanciones penales impuestas de conformidad con los apartados 1 a 4, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas físicas que hayan sido condenadas por la comisión de una de las infracciones penales contempladas en los artículos 3, 4 y 5 puedan ser objeto de sanciones o medidas penales o no penales impuestas por una autoridad competente, incluidas:

(a) retirada de los permisos o autorizaciones para el ejercicio de las actividades que hayan dado lugar a la comisión de la infracción penal, o prohibición de ejercer directamente o por persona interpuesta la actividad profesional en cuyo ejercicio se haya cometido la infracción penal;"

Aunque no hay ninguna exención ni salvaguarda para los abogados, esta disposición podría incitar a los gobiernos a intimidar a los abogados.

En particular, esto podría significar que los abogados podrían enfrentarse a una prohibición profesional si fueran declarados culpables de lo que se ha explicado anteriormente. Esto también es muy extenso y sólo exacerbará el efecto amedrentador.

b) Formación (artículo 15)

El CCBE sugiere incluir la formación para abogados, junto con la formación para jueces, fiscales y otras categorías de personas enumeradas en esta disposición. Dado que la nueva legislación entrará en vigor, los abogados deben conocer el marco actualizado. Garantizar la formación de los profesionales del Derecho les permitiría aplicar correctamente el nuevo marco. Los abogados son actores clave del sistema judicial y permiten a los solicitantes de asilo acceder a la justicia y defender sus derechos.

Propuesta de la Comisión	Sugerencias de modificación de la CCBE
<p>Artículo 15</p> <p><i>Formación</i></p> <p>1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar los recursos adecuados y la formación especializada, a intervalos regulares, de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, de la judicatura y del personal de las autoridades encargadas de la investigación y el enjuiciamiento penales de las infracciones penales contempladas en los artículos 3, 4 y 5.</p> <p>2. Sin perjuicio de la independencia judicial, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se imparta una formación periódica especializada a los jueces, fiscales, personal policial y judicial y personal de las autoridades competentes que participen en procesos e investigaciones penales con respecto a los objetivos de la presente Directiva.</p>	<p>Artículo 15</p> <p><i>Formación</i></p> <p>1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar los recursos adecuados y la impartición de formación especializada a intervalos regulares a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, la judicatura, los abogados y el personal de las autoridades encargadas de las investigaciones penales y de los delitos contemplados en los artículos 3, 4 y 5.</p> <p>2. Sin perjuicio de la independencia judicial, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se imparta una formación periódica especializada a los jueces, fiscales, fuerzas y cuerpos de seguridad y personal judicial, abogados y personal de las autoridades competentes que participen en procesos e investigaciones penales con respecto a los objetivos de la presente Directiva.</p>

c) Artículo 16

El CCBE apoya la petición del Relator Especial de la ONU de eliminar el mandato de "herramientas especiales de investigación" en esta disposición. La vigilancia de los abogados por parte de las autoridades de investigación presenta riesgos para los derechos de la defensa y la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Esta disposición podría exacerbar estos riesgos al proporcionar nuevas bases para instrumentos potencialmente desproporcionados.

Propuesta de la Comisión	Sugerencias de modificación de la CCBE
<p>Artículo 16</p> <p><i>Herramientas de investigación</i></p> <p>Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se disponga de instrumentos de investigación eficaces y proporcionados para investigar o enjuiciar los delitos contemplados en los artículos 3, 4 y 5. Cuando proceda, estos instrumentos incluirán instrumentos especiales de investigación, como los que se utilizan para luchar contra la delincuencia organizada u otros casos de delincuencia grave. Cuando proceda, estos instrumentos incluirán instrumentos de investigación especiales, como los que se</p>	<p>Artículo 16</p> <p><i>Herramientas de investigación</i></p> <p>Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se disponga de instrumentos de investigación eficaces y proporcionados para investigar o enjuiciar los delitos contemplados en los artículos 3, 4 y 5. Cuando proceda, estos instrumentos incluirán instrumentos especiales de investigación, como los que se utilizan para luchar contra la delincuencia organizada u otros casos de delincuencia grave. Cuando proceda, estos instrumentos incluirán instrumentos de investigación especiales, como los que se</p>

utilizan en la lucha contra la delincuencia organizada u otros casos de delincuencia grave.

~~utilizan en la lucha contra la delincuencia organizada u otros casos de delincuencia grave.~~

d) Respeto de los derechos fundamentales

Aunque en los considerandos se menciona que la propuesta salvaguarda los derechos fundamentales, faltan disposiciones que garanticen realmente que así sea. Limitarse a afirmar, como en el considerando 28, que la propuesta respeta los derechos fundamentales no basta para garantizarlo. Hay que reconocer que el considerando 10 es una excepción, ya que menciona la necesidad de cumplir la Convención de Ginebra. El CCBE pide que se incluyan salvaguardias de los derechos fundamentales en las disposiciones de la propuesta. Las sugerencias del CCBE para modificar el artículo 3, par. 2 (véase más arriba) ilustran exactamente cómo deberían incluirse los derechos fundamentales en las disposiciones de la propuesta.

4. Conclusión

La propuesta de la Comisión de una nueva "directiva contra el contrabando" suprime la antigua cláusula humanitaria. Mientras que la antigua directiva la había incorporado como opción, parece que sólo un puñado de países la habían aplicado. Curiosamente, esto se utiliza ahora como argumento para sugerir que es innecesaria. Nada más lejos de la realidad. La supresión de esta cláusula indicará precisamente un cambio de rumbo, es decir, un endurecimiento. La Comisión se remite a otras legislaciones y jurisprudencias de los Estados miembros, que ya interpretan la cláusula humanitaria de formas alternativas. El análisis que proporciona es vago. No es inconcebible que el reflejo en la jurisprudencia proceda precisamente de la antigua cláusula de la directiva actualmente aplicable. Sea como fuere, **una cláusula de solidaridad que incluya a los abogados en el artículo 3 es esencial para la independencia de la abogacía en materia de inmigración.** Si no existiera, es muy realista que se produjera un efecto amedrentador. Las disposiciones adicionales de los artículos 5 y 6 no hacen sino reforzarlo. **La propuesta del CCBE consiste en establecer una delimitación muy clara para la excepción, tal como se propone en el texto anterior. Los abogados especializados en migración deben poder desempeñar sus funciones profesionales sin temor a represalias, obstáculos, intimidación o acoso, de conformidad con los principios básicos de las Naciones Unidas sobre la función de los abogados.**

El CCBE señala asimismo que la propuesta de la Comisión ilustra una tendencia a abordar la cuestión del tráfico ilícito desde la perspectiva de la aplicación de la ley y del Derecho penal, en detrimento de las salvaguardias y la protección que necesitan las víctimas o posibles víctimas del tráfico ilícito y las personas que intentan ayudarlas. El CCBE toma nota de que el Consejo de Europa está evaluando la viabilidad de un nuevo instrumento jurídico para proteger a las personas que corren el riesgo de ser objeto de tráfico ilícito con pleno respeto de sus derechos humanos. El CCBE acogería con satisfacción dicho instrumento.¹⁵

¹⁵ A este respecto, véase por ejemplo el comentario del Secretario General del CdE [aquí](#).