

“El Ministerio
Fiscal

**podrá
abstenerse**

de acusar por
este delito
cuando el obje-
tivo perseguido
sea únicamente
prestar ayuda
humanitaria a la
persona de que
se trate”



SALVEMOS LA

HOSPITALIDAD



LA HOSPITALIDAD NO ES DELITO

Europa debe apostar por la hospitalidad

Reflexiones al hilo de “Salvemos la hospitalidad”: dar la mano al diferente no puede ser un delito.

Seguro que la frase que nos sirve de título podría haberla pronunciado el “Padre de Europa”, Robert Schuman. De hecho, se prodigó en expresiones similares. El 9 de mayo de 1950 (desde 1985 “el día de Europa”), con motivo de la constitución de la CECA, dijo en un memorable discurso repleto de apelaciones éticas: “La paz mundial no puede salvaguardarse sin unos esfuerzos creadores equiparables a los peligros que la amenazan... Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho... Una de sus tareas esenciales [de Europa] es el desarrollo del continente Africano”.

Lamentablemente, este proyecto europeo, asentado en algo tan olvidado como la ética y los valores fuertes, ha dado paso al economicismo más craso, ayuno de valores que no sean el culto a un imposible crecimiento ilimitado o a una competitividad que descohesiona y fragmenta. Así nos va.

En la “Europa de los mercaderes”, que no conoce otro indicador de felicidad humana que el PIB, se produjo ya en época de vacas gordas un auténtico blindaje del bienestar. Se montó una prolija red de control, seguridad, y muros; unas veces mediante tecnología punta y acuerdos (SIVE, Frontex), otras mediante técnicas más groseras y visibles como el hormigón, la concertina y el alambre de espino.

Por eso no debería sorprender la nueva vuelta de tuerca que se pretende dar al art. 318 bis del Código Penal. Una nueva perversión del Derecho. Normas inicialmente pensadas para la protección de las personas envueltas en los flujos migratorios (trata de seres humanos y tráfico de inmigrantes) se vuelven contra quienes dicen defender y contra quienes les socorren por móviles estrictamente humanitarios. La ayuda humanitaria y altruista a los sin papeles pretenden que sea delito o, si se quiere, que sea más delito que antes.

El Ministerio de Justicia (y el de Interior que está en la sombra azuzando el invento) esconden que La Directiva 2002/90/CE que sirve de amparo al anteproyectado precepto incriminador **NO**



LA HOSPITALIDAD NO ES DELITO

impone la tipificación penal de cualquier forma de ayuda humanitaria a la inmigración ilegal. No se trata de una obligación sino de una mera posibilidad. Es, por tanto, una opción que deja a criterio de cada Estado (aunque sea verdad que varios se hayan sumado a esta dinámica punitiva). El paso siguiente es lógico: si se apuesta por criminalizar, las penas imponibles deben seguir los criterios de la Decisión Marco 2002/946/JAI.

Todo sea dicho, es verdad que el Anteproyecto hace un esfuerzo de adecuación de las penas y procura una mayor proporcionalidad a unas penas exageradas en el vigente art. 318 bis. No es esto lo cuestionable, sino la opción previa del Ministerio: SE PUEDE PERFECTAMENTE OPTAR POR LA NO CRIMINALIZACIÓN DE LA HOSPITALIDAD. En ese sentido, debe dejarse claro que estarán exentos de responsabilidad criminal todos los supuestos de auxilio por móviles humanitarios. La hospitalidad no puede ser criminalizada, si no queremos caer en momentos de crisis en una sociedad anómica, individualista y desintegrada.

Hasta ahora, el art. 318 bis del Código penal castigaba al que “directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina”. Naturalmente, no nos gustaba este precepto tan abierto, generador de tanta incertidumbre y, sobre todo tan inhumano. Afortunadamente, tampoco le ha gustado a muchos Tribunales –incluido el Tribunal Supremo– que, en uso de sus facultades de interpretación de la norma, han venido considerando impunes estos comportamientos cuando fueron animados por móviles de estricta solidaridad humana por no comprometer el bien jurídico protegido por el tipo penal. Así el alto tribunal establece en su reciente sentencia de 28 de mayo de 2012:

1. Cuando el comportamiento que aparentemente pudiera encajar en el art. 318 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) sólo **atenta contra la regulación controlada de los flujos migratorios y no se detecta el más mínimo atisbo de lesión, presente o eventual, de los derechos del ciudadano extranjero, falta la ratio de la sanción penal y ha de buscarse en el derecho administrativo sancionador el instrumento adecuado adecuada para dar una respuesta a esa conducta ilícita en todo caso.** Otros precedentes han insistido en la necesidad de atemperar la referencia a la tutela del interés del Estado por salvaguarda la incolumidad de sus fronteras con la exigencia de una eventual afectación de los derechos del ciudadano extranjero. La STS 1378/2011, de 14 de diciembre (RJ 2012, 453) razonaba así: " El desarrollo del motivo hace necesario recordar que como hemos dicho en STS 378/2011 de 17-5 (RJ 2011, 3877), con cita de las sentencias 1238/2009, de 11-12 (RJ 2010, 2045), 1087/2006, de 10-11 (RJ 2007, 3331), y 1465/2005, de 22-5 (RJ 2005, 10051), el bien jurídico protegido en el art. 318 bis 1, "no lo constituye sin más los flujos migratorios, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación -que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas, **sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de**



LA HOSPITALIDAD NO ES DELITO

su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, **para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas, por lo que resulta indiferente la finalidad de ocupación laboral** - cuya expresa protección se logra al amparo del artículo 313.1 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)- y explica así el grave incremento punitivo del artículo 318 bis frente al 313.1 del CP"

2. Para que el tráfico sea delictivo debe existir un plus de antijuricidad, que, **en todo caso, la conducta cree un peligro abstracto relevante y grave para que los derechos de los ciudadanos extranjeros y de su dignidad como seres humanos, a causa de esa acción de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, evitando a través del delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral.** Así hemos dicho en STS 147/2005 (RJ 2005, 2543) y 569/2006 de 19-5 (RJ 2006, 3672) que ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico, de manera que- precisa la STS 1087/2006 de 10-11 (RJ 2007, 3331)- el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de convicción altamente probable o como dice la STS 635/2007 de 2-7 (RJ 2007, 3963), en su art. 318 bis 1 "se castiga la promoción y el favorecimiento de tráfico ilegal de personas o su inmigración clandestina, sancionando conductas que, de ordinario, van más allá de la simple infracción de las normas administrativas reguladoras de la estancia de extranjeros en nuestro país, **proyectando su eficacia lesiva sobre la propia dignidad de quien, condicionado por su situación de ilegalidad, es expuesto a un más fácil menoscabo de sus derechos fundamentales** (STS 1465/2005, de 22-11 (RJ 2005, 10051), y 1304/2005, de 19-10 (RJ 2005, 7601))".
3. Algunas orientaciones de cara a la exégesis de la norma pueden venir también de la mano del examen de los textos internacionales que han ejercido un reconocido influjo en la decisión del legislador al incorporar al ordenamiento punitivo estas conductas. La Ley Orgánica 5/2010 (RCL 2010, 1658) ha representado un paso importante para armonizar con ese contexto internacional en el que está consolidada dotando de autonomía a los delitos de trata de seres humanos (art. 177 bis). Trata de personas e



LA HOSPITALIDAD NO ES DELITO

inmigración ilegal son entidades criminológicas diversas aunque participen de un sustrato común representado por el desplazamiento territorial de personas. La Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000 de la Asamblea General de Naciones Unidas diferenció ambos fenómenos destinando un Protocolo a cada uno de ellos: son los conocidos como Protocolos de Palermo. Uno va destinado a la prevención, represión y sanción de la trata de personas. El otro quiere combatir el tráfico ilícito de migrantes "por tierra, mar y aire". En este segundo campo se propugna la sanción penal de determinadas conductas (tráfico ilícito de migrantes, conductas falsarias instrumentales...) pero siempre que se cometan con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material (art. 6 del Protocolo). **Es irrelevante la voluntad libre del inmigrante. También lo es que el autor carezca de toda voluntad de explotación o aprovechamiento de esa entrada o estancia ilegal. Pero sí es necesario un móvil lucrativo. Se quiere proteger la capacidad de control del Estado sobre sus fronteras; pero también se está contemplando el peligro de lesión de los derechos de los migrantes no sólo por las condiciones en que muchas veces se produce el paso de fronteras -con riesgo para la vida e integridad-, o por el tratamiento indigno, equiparado a una mercancía, a que puede verse sometido el migrante, sino también por el riesgo de que ya en el país de destino caiga en la marginación social o en la explotación o abuso de terceros. Eso los convierte en víctimas del delito, aunque el desplazamiento se efectúe con su voluntad. Reténgase en todo caso que para en el Derecho Penal promovido desde esa instancia internacional, el móvil lucrativo juega un papel decisivo.**

Tampoco ese elemento es ajeno al derecho de la Unión Europea. El Acuerdo de Schengen (RCL 1994, 1000) de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes establecía en su art. 27.1 el compromiso de las partes contratantes para establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando su legislación. Se recoge así una orientación que no siendo concluyente de ninguna forma pues el ánimo de lucro es en el art. 318 bis un elemento agravatorio, y no una exigencia del tipo básico, puede también arrojar alguna luz para examinar cada caso concreto.

Ahora, la nueva redacción del art. 318 bis da una vuelta más de tuerca al especificar los motivos humanitarios como causa de perseguibilidad (o de no perseguibilidad)... ¡dependiendo del criterio subjetivísimo del Ministerio Público! La consecuencia es grave: en lo sucesivo, si el Fiscal decide acusar aún concurriendo móviles altruistas, será muy difícil obtener una resolución judicial favorable a quien ha practicado la solidaridad, porque esta acción está explícitamente tipificada como forma de ataque al bien jurídico protegido. No es por tanto una mera reforma formal, aunque es posible que el pre legislador no haya caído en ello.



LA HOSPITALIDAD NO ES DELITO

Por ello, desde la Plataforma Salvemos la Hospitalidad, sugerimos:

a) El Estado español debe optar por la no punibilidad de los motivos altruistas. Y ello puede hacerlo sin forzar norma alguna: es más, se lo posibilita explícitamente la Directiva 2002/90/CE.

b) Deben proporcionarse las penas en la línea del anteproyecto, pero debe fijarse con mayor claridad que el bien jurídico protegido nunca puede afectar al ejercicio de un derecho como es el de salir de un Estado y entrar en otro (Cf. art. 13 Declaración Universal de los Derechos Humanos).

c) Debe aquilatarse muy bien la tipificación para no expandir la acción punitiva del Estado a los comportamientos de personas (comerciantes, posaderos, hosteleros, conductores de autobús...) que faciliten mediante precio alimentación, vestido, transporte, alojamiento, etc. a personas en situación administrativa irregular. Lo repudiable es el tráfico de personas y el abuso de la situación de extrema vulnerabilidad en que quedan quienes acometen proyectos migratorios. No se puede convertir a las víctimas en delincuentes y a quienes les auxilian de cualquier modo en verdugos. El concepto de “ayuda intencionada” de la Directiva debe entenderse en un sentido restrictivo y no puede abarcar a quienes simplemente contribuyan a satisfacer necesidades de la persona migrante (con o sin ánimo de lucro).

d) Haría muy bien el Estado español en no disminuir de la manera tan brutal e insolidaria las partidas destinadas a cooperación internacional al desarrollo. Son el soporte de otro derecho no menos importante: el derecho a tener que emigrar para asegurarse el porvenir. Es innegable que padecemos una época de crisis, pero un buen padre o madre nunca recorta la comida del hijo enfermo o vulnerable. Todos somos responsables de todos y las razonables restricciones deben seguir criterios de eticidad y proporcionalidad: no pueden constituir un mero ajuste contable.

Así pensaba Shuman, el Padre de una Europa que no reconocería como suya. Por el camino que confunde crecimiento con desarrollo, con un ego tan sobrado que impide cualquier proyecto de un nosotros colectivo, hemos ido perdiendo humanismo y valores, raíces profundas y referencias solidarias. Bueno será volver a recordar que los pueblos que olvidan su pasado están condenados a repetirlo.

SALVEMOS LA
HOSPITALIDAD



LA HOSPITALIDAD NO ES DELITO

ANEXO:

* La Directiva 2002/90/CE del Consejo de Europa señala que “Los estados miembros **podrán decidir**, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, **no imponer sanciones...** en los casos en los que el objeto de estas conductas sea prestar **ayuda humanitaria** a las persona de que se trate”

* El Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas COM (2006) 770 final, de 06.12.2006, sobre la base del art. 9 de la Decisión Marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, circulación y estancia irregulares (SEC (2006) 1591), tras señalar que, en aquel momento, España presentó información “meramente preliminar o insuficientemente precisa, por lo que no constituye una base adecuada para una evaluación profunda”, especificó algo importante: “Una Directiva es el instrumento jurídico más comparable a una Decisión marco. Ambos instrumentos vinculan a los Estados miembros por lo que se refiere a los resultados que deben obtenerse, dejando a las autoridades nacionales **decidir en cuanto a la forma y los medios de aplicación**”. La trasposición a la legislación nacional **NO exige necesariamente la reproducción formal de las disposiciones** (como en buena medida se hace con el art. 318 bis), lo que significa que, por ejemplo, puedan bastar medidas nacionales preexistentes adecuadas¹

* Dicho informe exhorta a España y a los Países Bajos a distinguir mejor entre trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes como dos tipos penales diferenciados. Nótese que en ambos casos **las víctimas a proteger son las personas que padecen trata o tráfico de seres humanos**, pero ello no implica criminalizar su proyecto migratorio ni los auxilios que precisen más si son movidos por el altruismo.

*La decisión marco del Consejo de la Unión Europea 2002/946/JAI contempla “**el cruce de frontera en sentido estricto y la alimentación de las redes de explotación**” estableciendo penas mínimas en distintos supuestos. No estaría mal utilizar esta definición para acotar más precisa y restrictivamente el bien jurídico protegido del art. 318 bis.

SALVEMOS LA
HOSPITALIDAD

¹ Cfr. Asunto 29/84, Comisión contra Alemania, Rec. 1985, págs. 1661 a 1673.