

ARTÍCULO 38.BIS  
ANTEPROYECTO DE  
REFORMA DEL  
CÓDIGO PENAL

“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

## **Observaciones y propuestas sobre la regulación de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros 318 bis) en el anteproyecto de L. O. por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal.**

Plataforma Salvemos la Hospitalidad  
<http://salvemoslahospitalidad.blogspot.com.es/>

La regulación de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros propuesta por el Anteproyecto es la siguiente:

1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional e un Estado de miembro de la Unión Europea a entrar en el territorio de otro Estado miembro o a transitar a través del mismo vulnerando la legislación de dicho Estado sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de seis meses a dos años. El Ministerio Fiscal podrá abstenerse de acusar por este delito cuando el objetivo perseguido fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.
2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, vulnerando la legislación de dicho Estado sobre la estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de seis meses a dos años.

Ha de reconocerse que esta propuesta de reforma corrige la desproporción de las penas previstas para estos delitos en el Código Penal actual, que determina que se estén solicitando y aplicando penas disparatadas para hechos de nula o escasa gravedad.

Sin embargo, al mismo tiempo, el Ministerio de Justicia propone un texto que castiga penalmente comportamientos carentes de desvalor social y cuya tipificación vulnera no sólo los principios limitadores del Derecho penal, sino que también resulta éticamente rechazable en cuanto 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 auxilian por móviles humanitarios. En concreto, han de destacarse las siguientes cuestiones:

- A. LA PROPUESTA NO DEJA LUGAR A DUDAS SOBRE LA TIPICIDAD PENAL DE LA AYUDA A ENTRAR Y TRANSITAR EN UN ESTADO MIEMBRO, MOTIVADA POR RAZONES HUMANITARIAS Y ALTRUISTAS.**



# LA HOSPITALIDAD NO ES DELITO

1. El apartado primero del proyectado art. 318 bis establece que el Ministerio Fiscal podrá abstenerse de actuar por este delito cuando el objetivo perseguido fuere únicamente prestar ayuda humanitaria. De ello se deduce necesariamente que pueden ser perseguidos y castigados penalmente quienes ayuden por motivos estrictamente humanitarios a una persona que no sea nacional de un Estado de miembro de la Unión Europea a entrar en el territorio de otro Estado miembro o a transitar a través del mismo vulnerando la legislación de dicho Estado sobre entrada o tránsito de extranjeros. Hasta ahora, esa posibilidad estaba siendo negada por gran parte de la jurisprudencia (por citar una de las resoluciones más recientes, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2012, con cita de resoluciones en la misma línea). La nueva redacción del art. 318 bis hará imposible estas interpretaciones restrictivas.
2. Se deja en manos del Ministerio Fiscal la posibilidad de acusar o no cuando se actúa por motivos humanitarios. Ello supone, como hemos dicho, que si el Fiscal decide acusar, será prácticamente imposible obtener una resolución judicial favorable a quien ha actuado por móviles altruistas. Pero, además, supone introducir el principio de oportunidad ajeno a nuestro Derecho penal, carente además de elementos reglados, posibilidad a la que se ha mostrado contraria la propia Fiscalía General del Estado en su informe al Anteproyecto.
3. La tipificación de los comportamientos guiados por móviles humanitarios NO puede justificarse apelando a los compromisos europeos, pues la normativa europea explícitamente permite al legislador no castigar cuando se actúa por móviles humanitarios. Así, la Directiva 2002/90/CE, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular, en su art. 1.2. establece que “Los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate” (En el mismo sentido el Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas de 6 de diciembre de 2006). Se trata de una decisión que corresponde al Legislador y no al Ministerio Público.
4. Debe dejarse claro que estarán exentos de responsabilidad criminal todos los supuestos de auxilio por móviles humanitarios. Esto puede llevarse a cabo, —tal y como se propone en el Informe de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial— a través de un pronunciamiento general que excluya la relevancia penal de la conducta guiada por motivos humanitarios.
5. De acuerdo con lo argumentado, SE PROPONE SUSTITUIR el párrafo “El Ministerio Fiscal podrá abstenerse de acusar por este delito cuando el objetivo perseguido fuere



# LA HOSPITALIDAD NO ES DELITO

únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate” por “No se aplicará este precepto cuando el objetivo perseguido fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate” , o mejor aun “NO SE APLICARÁ ESTE PRECEPTO CUANDO LA CONDUCTA RESPONDA A MOTIVOS HUMANITARIOS O ATRUISTAS”, habida cuenta de lo confuso del término humanitario, que se suele relacionar con las situaciones propias de conflictos armados.

## **B. LA PROPUESTA DE REDACCIÓN TIPIFICA PENALMENTE LA AYUDA A LA PERMANENCIA CON ÁNIMO DE LUCRO, Y LO HACE CON UNA REDACCIÓN TAN AMPLIA QUE PERMITE EL CASTIGO DE CONDUCTAS CARENTES DE LESIVIDAD Y DESVALOR SOCIAL**

1. El Anteproyecto, al tipificar en su apartado segundo la ayuda a la permanencia con ánimo de lucro, permite el castigo de comportamientos carentes de lesividad y desvalor social, como pueden ser alquilar una vivienda a un inmigrante sin papeles, admitirle en un hotel, llevarle en un taxi, etc. o cualquier otra conducta que guiada por un ánimo de lucro lícito permita al inmigrante sin papeles prolongar su estancia en nuestro país o en otro Estado miembro. En ellos no se detecta el menor atisbo de lesión alguna de los derechos de los ciudadanos extranjeros. No resulta ni jurídicamente aceptable, ni éticamente soportable pensar que el Consejo, al dictar las referidas Directiva y Decisión Marco, o que el Ministerio de Justicia, al elaborar el Anteproyecto, pretendan 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.
2. Tal y como se afirma en el Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas COM (2006) 770 final, de 06.12.2006, emitido 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): “Ambos instrumentos (Directiva y Decisión marco) 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 transposición a la legislación nacional NO exige necesariamente la reproducción formal de las disposiciones (como en buena medida hace la redacción propuesta del art. 318 bis), lo que significa que, por ejemplo, puedan bastar medidas nacionales preexistentes adecuadas, como sucede con las infracciones previstas en Ley 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, cuyo art. 54.1 b) tipifica como infracción muy grave la ayuda a la permanencia con ánimo de lucro, además de tipificar y castigar



# LA HOSPITALIDAD NO ES DELITO

como infracciones administrativas manifestaciones concretas de esta ayuda, como, por ejemplo las tipificadas en los apartados b, c y d del art. 53.2.

3. Es por ello que no se introdujo la tipificación de la permanencia con ánimo de lucro a través de la LO 11/2003 de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que reformó profundamente el art. 318 bis para adaptarlo, según declara expresamente su Exposición de Motivos, a las exigencias europeas, sin que por ello se haya abierto al Estado español ningún recurso por incumplimiento de lo dispuesto en la mencionada Directiva y Decisión marco. No se entiende ahora la imperiosa necesidad de expandir el castigo y el gasto público criminalizando conductas solidarias y prestaciones de servicios lícitos.
4. Habida cuenta de lo expuesto y de que la ayuda a la permanencia con ánimo de lucro ya está tipificada en el art. 54 de la Ley de Extranjería, no se entiende ni jurídica ni éticamente su incorporación al Código penal, por lo que SE PROPONE LA SUPRESIÓN DEL PUNTO 2 DE LA PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL ART. 318 BIS.

**Para finalizar, tanto en relación con el punto A como con el B, deben añadirse al menos dos ideas:**

1. En los comportamientos analizados no se detecta el más mínimo atisbo de lesión presente o eventual de los derechos de los ciudadanos extranjeros, bien jurídico que supuestamente debería proteger el art. 318, de acuerdo con la rúbrica que le da título. Faltaría la ratio de la sanción penal. El desvalor propio del tráfico y del abuso de la situación de extrema vulnerabilidad de quienes acometen proyectos al margen de la regulación de extranjería es lo que podría justificar la sanción penal, pero ese desvalor no queda reflejado en la redacción propuesta. Debe fijarse con mayor claridad el bien jurídico protegido que no puede ser sin más el mero cumplimiento de la legislación de extranjería. En este sentido se viene pronunciando reiteradamente la jurisprudencia. 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 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". No se está protegiendo a los ciudadanos extranjeros, sino que se



# LA HOSPITALIDAD NO ES DELITO

están estrangulando sus derechos, tratando a la víctima como delincuente y a quienes le auxilian como verdugos. El derecho penal no puede ser utilizado para semejante fin.

Además, la trasposición que efectúa el gobierno español se opone a los principios político- criminales –principio de mínima intervención, subsidiariedad, proporcionalidad, etc.— que tanto la Comisión como el Parlamento europeo han declarado expresamente y han recogido en sendos documentos recientes: Comunicación de la Comisión sobre política criminal, de 20 de septiembre de 2011 (COM (2011) 573 final), e Informe de la Comisión de Libertades civiles, Justicia y Asuntos de interior del Parlamento europeo sobre un enfoque de la Unión Europea acerca del Derecho penal, de 24 de enero de 2012, (A70144/2012). Sobre la subordinación de la normativa europea y su trasposición a principios básicos limitadores del ius puniendi también se ha pronunciado la European Criminal Policy Initiative en su Manifiesto sobre la política criminal europea.

2. La propuesta de art. 318 bis tiene como finalidad amenazar a quien auxilia para que deje de hacerlo. No es una lectura de intenciones, sino uno de los fines clásicos del Derecho penal: la prevención general, que pretende que los ciudadanos nos abstenamos de determinados comportamientos a través de la amenaza con un castigo. Por ello, esta norma repercutiría negativamente en la situación, ya suficientemente vulnerable, de los inmigrantes en situación irregular, afectando a sus derechos fundamentales básicos: la vida, la salud, la dignidad, etc. de los que los ciudadanos extranjeros son titulares con independencia de su situación administrativa. Ha de recordarse, además, que las normas de la Unión Europea, las normas nacionales que las transponen y los actos de las autoridades nacionales que las aplican deben pleno respeto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros convenios internacionales sobre derechos humanos de los cuales son signatarios los Estados miembros; y la norma nacional no lesionar los derechos que dice proteger y atenerse los mandatos y principios de nuestra Constitución española. La propuesta de 318 bis incurriría a nuestro juicio en inconstitucionalidad.

Madrid, a 18 de enero de 2013