

LA AYUDA HUMANITARIA: ¿UNA EXCUSA ABSOLUTORIA O UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN?

Josefa Muñoz Ruiz

Profesora de Derecho Penal y Criminología. Universidad de Murcia

MUÑOZ RUIZ, Josefa. La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2016, núm. 18-08, pp. 1-27. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-08.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 18-08 (2016), 19 jun]

RESUMEN: El presente artículo, tras una breve aproximación a los instrumentos internacionales que justifican el párrafo 2º del artículo 318 bis.1 del Código Penal, tiene como objetivo la caracterización jurídico-penal de la ayuda humanitaria como causa de exención de la responsabilidad penal en los delitos contra los derechos de los extranjeros; con especial consideración de los comportamientos que encuentran cobertura en esta cláusula de exoneración y la determinación su naturaleza jurídica.

PALABRAS CLAVE: inmigrante ilegal, ayuda

humanitaria, exención penal, naturaleza jurídica, excusa absolutoria, causa de justificación.

ABSTRACT: This paper discusses the legal nature of humanitarian aid from the perspective of criminal law. It starts with a review of the international legal background of paragraph 2 of article 318 bis.1 of the Spanish Penal Code, then it examines whether humanitarian aid is a ground for a ground for excluding criminal responsibility in crimes against the rights of foreign nationals, with special consideration of the types of conduct that can be relevant in this context.

KEYWORDS: illegal immigrant, humanitarian aid, criminal exemption, legal nature, absolving excuse, justification.

Fecha de publicación: 19 junio 2016

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES EN LA GÉNESIS DE LA ÚLTIMA REFORMA DEL ARTÍCULO 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL. III. LA AYUDA HUMANITARIA COMO CAUSA DE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD: 1. Consagración legal de una práctica jurisprudencial. 2. Conductas amparadas por la cláusula de exoneración penal. 3. Naturaleza de la cláusula de exoneración: 3.1. La ayuda humanitaria como excusa absolutoria. 3.2. La ayuda humanitaria como causa de justificación. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la inmigración es consustancial al hombre pero se intensifica con la globalización. Es indudable que el colectivo de inmigrantes –regulares o no- históricamente ha contribuido al crecimiento económico; pero su ordenación es un serio problema en todos los países ricos y tendrá difícil solución mientras existan las cotas de pobreza actualmente existentes en otros muchos países, principalmente africanos y latinoamericanos¹. La brecha económica que separa a los países del Norte y del Sur, o del Centro y de la Periferia, se hace cada vez más abismal. Paralelamente a esta profundización de la desigualdad económica planetaria, se advierte una clara restricción de las políticas inmigratorias de los Estados más industrializados², y España no es una excepción. Aunque el caso español no es sino una muestra de las ideas que se han impuesto a lo largo y ancho de Europa. Las políticas de la Unión, más preocupadas por la perturbación social y económica que puede provocar la movilidad no controlada de personas, que por la situación de marginación del inmigrante ilegal y los posibles abusos de los que puede ser objeto³, están orientadas a prevenir y reducir la inmigración irregular, caracterizándose, desde sus inicios, por el cierre de fronteras y la máxima de “inmigración cero”⁴.

La gestión apropiada de los flujos migratorios exige asimismo garantizar un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, mejorar las medidas de lucha contra la inmigración irregular y fomentar la cooperación con terceros países en todos los ámbitos (artículo 79 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Para ello, la política de extranjería, como cualquier otra política, se construye y desarrolla a través de un conjunto de instrumentos de actuación positiva de naturaleza bien distinta: régimen de entrada, permanencia, permisos de residencia, salida de los no nacionales, etc., de acuerdo con la normativa internacional y comunitaria aplicable⁵.

¹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2015, p. 315.

² DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, en *InDret Revisa para el análisis del Derecho*, 1/2010, p. 4.

³ RODRÍGUEZ MESA, M. J.: “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina”, en Pérez Álvarez, F. (coord.), *Serta: in Memoriam Alexandri Baratta*, Aquilafuente, Salamanca, 2004, p. 807.

⁴ En este sentido, GIL ARAÚJO, S.: “Muros alrededor de “el Muro”. Prácticas y discursos en torno a la inmigración en el proceso de construcción de la política migratoria comunitaria”, en Martín Palomo, M. T. y Miranda López, M. J. y Vega Solís, C. (ed.), *Delitos y Fronteras. Mujeres extranjeras en prisión*, Madrid, 2005, pp. 113 y 117.

⁵ NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión penal de extranjeros: una simbiosis de Derecho Penal simbólico y Derecho Penal del enemigo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2ª Época, nº17 (2006), p. 155. Aunque como señala TAPIA BALLESTEROS, P.: “Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: ¿por fin una tutela para la persona «no nacional» en el ordenamiento jurídico penal español?”, en *Diario La Ley* Nº 8597, septiembre 2015, p. 3, señala que, como se ha advertido, tradicionalmente no se ha distinguido de una forma clara aquellas medidas penales dirigidas a la protección de los derechos fundamentales de los «no nacionales» de aquellas otras cuyo objeto es la regulación de la entrada y permanencia de personas en un país concreto.

Pero en cualquier caso, apunta Daunis Rodríguez, la política de inmigración “cero” propuesta por los países receptores genera la irremediable aparición de una serie de conductas ilegales alrededor de los desplazamientos de personas: la inmigración irregular, ilegal o clandestina; el tráfico y la trata de seres humanos⁶. Además, las medidas administrativas restrictivas no sólo no terminan con la inmigración indeseada sino que crean la irregularidad, tienen incluso un efecto criminógeno, pues prácticamente arrojan a los extranjeros que no tienen posibilidad de entrar, atravesar o residir legalmente en España, a manos de los traficantes⁷. Ante la imposibilidad de realizar el proyecto migratorio a través de los cauces legales, el extranjero irregular se ve obligado a acudir a terceras personas que faciliten el mismo⁸. Son varios los tipos de intermediarios que intervienen en la inmigración: la familia, los grupos de amigos, las redes sociales formadas por otros connacionales o las bandas organizadas⁹. En definitiva, mafias que dirigen la inmigración clandestina y, en su caso, todos los cauces de su explotación¹⁰.

Ante el fracaso del control administrativo, esa política selectiva en extranjería se ha ido abriendo paso en otros ámbitos, concretamente en el Derecho Penal. Pero no hay que silenciar que la subordinación del Derecho punitivo a la consecución de logros en la política de extranjería conlleva otro riesgo, cual es su sometimiento a los cambios de las circunstancias políticas. Ello trae como consecuencia decisiones legislativas poco reflexivas, carentes de la necesaria serenidad y meditación que requieren todas las decisiones de esa naturaleza, pero sobre todo y por razones obvias, las de política penal¹¹. Prueba de ello son los vaivenes legislativos protagonizados por artículo 89 del Código Penal, donde, con claros tintes represivos, se recoge el régimen de la expulsión, o el artículo 318 bis, único precepto que tutela los derechos del extranjero ilegal¹².

⁶ DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “Sobre la...”, cit., p. 6, quien añade que su inexacta o errónea clasificación puede acarrear ulteriores problemas de técnica legislativa, que dificultan en exceso el diverso control social formal que demanda cada actividad ilegal y genera una injustificada desprotección jurídica para determinados grupos de víctimas.

⁷ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, cit., p. 315; TORRES FERNÁNDEZ, E.: *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, Madrid, 2012, pp. 65 y 66.

⁸ DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “Sobre la...”, cit., p. 4.

⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “Sobre la...”, cit., p. 4. Se refiere PÉREZ FERRER, F.: *Análisis Dogmático y Político-Criminal de los delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, Madrid, 2006, p. 33, a la proliferación de complejas formas de criminalidad derivadas de la criminalidad organizada entre las que se incluyen las mafias que intervienen en la actividad migratoria ilegal.

¹⁰ En este sentido, VESTRI, G.: *Inmigración y extranjería. Amparo jurídico-legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados*, Valencia, 2014, p. 225.

¹¹ RODRÍGUEZ MESA, M^a. J.: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 318.

¹² Sobre la expulsión penal vid. ampliamente MUÑOZ RUIZ, J.: “La expulsión penal Nuevas tendencias legislativas”, en *RECPC* núm.16 (05), 2014.

II. LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES EN LA GÉNESIS DE LA ÚLTIMA REFORMA DEL ARTÍCULO 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL

Como se acaba de indicar, la vertiginosa actividad migratoria de las últimas décadas está teniendo, como no podía ser de otro modo en una evolución de tanta relevancia social, una gran repercusión en el ámbito del sistema jurídico-penal¹³. El tratamiento penal de la inmigración en España se puede abordar desde una doble perspectiva: en primer lugar, desde el plano de las sanciones, abarcaría las medidas represivas que se establecen en nuestra legislación específica contra los extranjeros como la extradición derivada de la cooperación jurídica internacional y la expulsión como consecuencia jurídica del delito¹⁴; en segundo, desde la óptica las infracciones, se abordaría la protección de sus derechos, esto es, las medidas que se instauran en nuestro ordenamiento jurídico-penal para la tutela de los inmigrantes, debido fundamentalmente a las situaciones de abuso a las que puede verse sometido este colectivo¹⁵.

En efecto, la preocupación por la protección de los derechos de los extranjeros ilegales también ha guiado (aunque en menor medida que la gestión de los flujos migratorios) la política penal de los últimos años, materializándose en la tipificación de determinadas conductas relacionadas con el propio movimiento migratorio. La LO 1/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, introdujo en el Código Penal un nuevo Título, el XV bis, con la rúbrica “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, constando de un solo artículo, el 318 bis. El escaso acierto de su primera previsión, así como la inacabada necesidad de armonización con las exigencias supranacionales en la materia han determinado un amplio conjunto de reformas que han terminado por configurar en los términos actuales el contenido del precepto¹⁶. Con la LO 5/2010, de 22 de junio, se puso fin al disfuncional tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis¹⁷; y con la reforma de 2015, nuestro derecho interno acaba adap-

¹³ CANCIO MELIA, M. y MARAVER GÓMEZ, M.: “El Derecho Penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en *Revista CENIPEC*, 25.2006, p. 36.

¹⁴ En este sentido, REUS MARTÍNEZ, N.: “La Justicia Penal y la Unión Europea, Convenios Existentes. Especial Consideración al Espacio Schengen”, en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 12, enero-abril, 2002, p. 405; CANCIO MELIA, M. y MARAVER GÓMEZ, M.: “El Derecho...”, cit., p. 36, toda vez que la figura del inmigrante como autor de delitos ha cobrado especial relevancia en el debate público y ha conducido a la inclusión de una medida tan particular como es la expulsión.

¹⁵ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “Delitos contra los Derechos de los Extranjeros”, en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 134 y 135.

¹⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: “Delitos contra los derechos de los extranjeros”, en Morillas Cueva, L. (dir.), *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, Madrid, 2016, p. 854, se refiere concretamente a las reformas operadas por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre.

¹⁷ AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. y BERMEJO, M.G.: “Delitos en materia de migraciones ilegales”, en Silva Sánchez, J. M^a. (dir.), Pastor Muñoz, N. (coord.), *El nuevo Código Penal Comentarios a la Reforma*,

tándose a los dictados de las normas internacionales¹⁸. Como apunta el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se hacía necesario revisar la regulación del artículo 318 bis con una doble finalidad: de una parte, para definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, es decir, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE; y, de otra, para ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI¹⁹, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante²⁰.

La cláusula de exención de responsabilidad del párrafo 2º del artículo 318 bis 1, se anuda a lo previsto literalmente en el artículo 1.2 de la Directiva 2002/90/CE que permite a los Estados miembros decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a una conducta colaboradora cuando tenga el significado de “ayuda humanitaria”. Asimismo, la Directiva 2009/52/CE²¹, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, permite a los Estados miembros no sancionar la prestación de asistencia (para la presentación de denuncias) a

Madrid, 2011, p. 481, advertían que el tratamiento en el mismo precepto resultaba a todas luces inadecuado, en vista de grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas realidades resultaba, pues, imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales, como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos. En este sentido, VESTRI, G.: *Inmigración y...*, cit., p. 222, señala que es fundamental la labor de identificación de las víctimas: en el primer supuesto, víctimas de trata, se verifica una explotación, entonces hay vulneración de los principales Derechos Humanos, mientras que si consideramos la entrada ilícita de una persona en un determinado país, estamos frente a una ayuda ilícita e ilegal que otra persona ofrece (previo pago), al emigrante. Esto conlleva la diferente aplicación de medidas protectoras de las víctimas.

¹⁸ La estrategia para controlar los movimientos migratorios, bajo la tarea de combatir la inmigración ilegal en el territorio de la UE, se ha caracterizado primordialmente por su índole represiva y actuarial (Resolución del Parlamento Europeo, 2007).

¹⁹ La presente Decisión marco establece unas normas mínimas para los países de la Unión Europea (UE) en lo que respecta a la aplicación de sanciones, la responsabilidad de las personas jurídicas y la competencia en relación con infracciones relacionadas con la ayuda a la inmigración clandestina. En cuyo considerando primero advierte que “Uno de los objetivos de la Unión Europea es ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal”.

²⁰ Señala MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, cit., p. 315, aunque el bien jurídico protegido parece ser a primera vista, según reza la rúbrica del Título XV bis, los derechos de los extranjeros, el verdadero objeto de protección es más bien el conjunto de las disposiciones administrativas que regulan los derechos y libertades de los extranjeros en España, principalmente la referida LO 4/2000, que contiene bastantes restricciones de estos derechos, muchas de ellas dudosamente constitucionales. De ahí que en el fondo estos delitos se construyan como verdaderas normas penales en blanco

²¹ Los Estados miembros debían transponer la Directiva antes del 20 de julio de 2011, y el primer informe sobre su aplicación se presentó el 22 de mayo de 2014.

inmigrantes ilegales que han sido presuntamente víctimas de un delito de explotación laboral. Aunque como bien apunta Iglesias Skulj, lo correcto sería que la protección del Estado en su función de regulación de los flujos migratorios quedara en el ámbito sancionador, debido a que la apelación a obligaciones internacionales no constituye en sí misma una justificación para el dislate que representa esta norma²².

En lo que sigue se llevará a cabo un estudio de la cláusula de exoneración penal del párrafo 2º del número 1 del artículo 318 bis²³ del texto punitivo, concretamente de las conductas de colaboración con la actividad migratoria que quedan exentas de pena cuando la única motivación que las dirige es la prestación de ayuda humanitaria a la persona de que se trate; así como a la determinación de la naturaleza jurídica de dicha exención.

III. LA AYUDA HUMANITARIA COMO CAUSA DE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

1. Consagración legal de una práctica jurisprudencial

Uno de los ámbitos funcionales más controvertidos en el tratamiento de la inmigración es el relativo a la persecución de aquellas conductas que convierten al inmigrante en mera mercancía o en mano de obra barata susceptible de cualquier abuso, así como la persecución de aquellas otras conductas en las que los inmigrantes son sujetos pasivos especialmente vulnerables²⁴. En este sentido, Hortal Ibarra apuntaba que con la LO 4/2000, -que procuraba dotar a los extranjeros de los mismos derechos que a los españoles-, se incluyó en el texto penal un delito específico, el artículo 318 bis, a fin de combatir la vergonzante “cosificación” de la que son objeto numerosos inmigrantes que, a diario, se embarcaban en la dramática empresa de arribar a las costas andaluzas o a las Islas Canarias jugándose literalmente la vida²⁵. Sin embargo, el actual artículo 318 bis, bajo el velo de la protec-

²² IGLESIAS SKULJ, A.: “Artículo 318: delitos contra los ciudadanos extranjeros”, en González Cussac, J. L. (dir), Matallín Evangelio, A. (dir.), Górriz Royo, E. (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 2015, p. 979.

²³ El artículo 318 bis dispone: <<1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate>>.

²⁴ Circular 2/2006, de la Fiscalía General del Estado, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, p. 86.

²⁵ HORTAL IBARRA, J. C.: “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), Gómez Martín, V. (coord.), *Política criminal y reforma penal*, Montevideo, 2007, p. 469, quien advierte que quizás la premura por incriminar los comportamientos que giran en torno al fenómeno del “tráfico ilegal de personas” y el debate en relación a la inmigración irregular que se produjo durante la tramitación de la Ley

ción de los derechos de los extranjeros, asume la nuda realidad de un delito que se dirige a perseguir comportamientos colaboradores con la inmigración ilegal, cuya relevancia penal gravita fundamentalmente sobre la vulneración de la normativa migratoria; de modo que, lo que realmente, se consagra es la tutela del bien jurídico que había reconocido abiertamente el Preámbulo de la LO 5/2010 “la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios”²⁶.

Lo primero sobre lo que hay que llamar la atención es que el precepto en cita no está castigando la vertiente más dramática de la inmigración, en la que al drama del éxodo se suman abusos y lesiones de los derechos de los inmigrantes. El art. 318 bis en su párrafo primero lo que castiga con penas de prisión no es la lesión o puesta en peligro de sus derechos, sino la ayuda, la facilitación de la inmigración irregular en sí misma considerada²⁷; esto es, conductas que no sólo no dañan esos bienes jurídicos sino que, en muchas ocasiones, contribuyen a salvar vidas, restaurar la maltrecha salud o, incluso, la dignidad del inmigrante. La aplicación de este precepto ha venido dando lugar, como bien apunta Martínez Escamilla, a dos corrientes jurisprudenciales: Una nutrida e implacable tendencia al castigo con penas de prisión conductas en las que no se observa atisbo ni de lesión ni de peligro para bienes jurídicos individuales, como lo prueban las SSAP de Málaga 15/2004, de 30 de marzo [JUR 2004\121926] y 10/2005, de 24 de febrero [JUR 2005\84742], condenando ésta última a la pena de prisión de tres años y un día a pesar de afirmar que <<no cabe apreciar que la finalidad perseguida por el acusado fuese la de causar algún tipo de perjuicio al menor, ya próximo a cumplir los dieciocho años, sino al contrario, la de ayudarle a mejorar sus condiciones de vida>>²⁸. Aunque, como es sabido, el tratamiento jurídico de los menores inmigrantes extranjeros no acompañados presenta una especial complejidad, pues en estos supuestos a la nota de extranjería se yuxtapone la de la minoría de edad, debiendo ser ponderados uno y otro elemento a la hora de dar solución a los problemas interpretativos que puedan generarse pero siempre desde la premisa de que, como dispone el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño, la consideración primordial a la que se atenderá en todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas será el superior interés del menor²⁹.

de Extranjería, explique su inapropiada introducción en la DF 2ª de esta última y la deficiente técnica legislativa en la configuración típica del artículo 318 bis CP.

²⁶ POMARES CINTAS, E.: “Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal contra la Unión Europea”, en *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, Franca, año 19, n. 29, p. 1-20, jan.-jul., 2015. Recurso electrónico disponible en: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudiosjuridicosunesp/index>>

²⁷ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2009, p. 8.

²⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: “La manta y la hospitalidad”, (I+D+ i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449) Y PLATAFORMA OTRO DERECHO PENAL ES POSIBLE), Madrid, 2014, p. 17.

²⁹ Circular 2/2006..., cit., p. 81, que remite en materia de menores inmigrantes extranjeros no acompañados a la Instrucción 6/2004, de la Fiscalía General del Estado. En este contexto, señala la Circular, los Sres.

Frente a esta tendencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo consolidó una interpretación del artículo 318 bis del Código Penal, que exigía la afectación de los derechos de los ciudadanos extranjeros, y con estos argumentos dejaba fuera de la órbita del tipo, por ausencia de antijuridicidad material, los actos de colaboración que tendían a mejorar su situación en el Estado español (SSTS 1378/2011, de 14 de diciembre [RJ 2012\453]; 212/2012, de 9 de marzo [RJ 2012\4642])³⁰. Concretamente la STS 446/2012, de 28 de mayo [RJ 2012\6563], -precedida de otras muchas que se pronuncian en el mismo sentido— exigía para la aplicación del art. 318 bis la afectación de derechos individuales de los ciudadanos extranjeros, argumentando que <<cuando el comportamiento que aparentemente pudiera encajar en el art. 318 bis del Código Penal sólo atenta contra la regulación controladora 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 para dar una respuesta a esa conducta ilícita en todo caso>>; en análogos términos, la SSTS 1087/2006, de 10 de noviembre [RJ 2007\3331] determinaba <<(…) que el hecho no puede considerarse delictivo. No se aprecia ninguna afectación negativa a la dignidad humana ni a los derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros transportados por el acusado. Este se limitó a acordar el transporte, circulando con normalidad, a la vista de las autoridades fronterizas, y sin que se haya acreditado ninguna actuación anterior ni ninguna finalidad posterior a su conducta de la que pudiera desprenderse un riesgo para la integridad de aquellos derechos>>.

En este contexto, la inactividad ciudadana en la prestación de ayuda por miedo a las consecuencias penales (como ocurrió en el caso Lampedusa)³¹, culmina un periodo de inquietud y deseo de no incriminar cualquier acción que se desarrolle en el ciclo emigratorio o inmigratorio en condiciones de ilegalidad; apuntando tanto la doctrina como la jurisprudencia que las conductas por medio de las cuales se facilita directamente la entrada ilegal o el tránsito en España “no sean sancionadas cuando la única motivación sea humanitaria”. Dicha exigencia doctrinal y jurisprudencial no ha pasado inadvertida al legislador. Como especial novedad, ya antici-

Fiscales velarán dentro de sus competencias por el respeto al *iter* diseñado en el Protocolo de menores extranjeros no acompañados, aprobado por acuerdo adoptado en la reunión del Grupo de Menores No Acompañados del Observatorio de la Infancia en fecha 14 de Noviembre de 2005. Dados los términos generales de dicho Protocolo, resulta especialmente aconsejable la elaboración de Protocolos de desarrollo a nivel provincial, con intervención de Ministerio Fiscal, Entidades Públicas de Protección de Menores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad e instituciones sanitarias, como ya se está llevando a cabo en algunas provincias, con la finalidad de garantizar la plena coordinación entre todos y determinar así con la mayor celeridad posible la edad del extranjero indocumentado, así como, en su caso, la puesta del menor a disposición de los correspondientes servicios de protección.

³⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: “La manta...”, cit., p. 17.

³¹ El 3 de octubre de 2013, una barcaza que había partido del norte de África en dirección a las costas europeas, se hundió, a una distancia de 130 millas de la isla italiana Lampedusa, con al menos 518 inmigrantes procedentes de Somalia y Eritrea, y dejó 366 muertos, 155 supervivientes y un número indeterminado de desaparecidos.

pada por la mejor jurisprudencia, la novela de 2015 determina que no será punible este hecho cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate³²; previsión que, tras la LO 1/2015, ha quedado plasmada en la definitiva redacción del párrafo 2º del artículo 318 bis.1, en los siguientes términos: “Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”³³.

No obstante, esta previsión legal plantea diferentes cuestiones, ¿qué conductas quedan amparadas bajo esta causa de exención penal?, o, ¿cuál es su naturaleza jurídica?

2. Conductas amparadas por la cláusula de exoneración penal

En cuanto a los comportamientos amparados por la cláusula contenida en el párrafo 2º del artículo 318 bis.1, se observa que remite al primer párrafo cuando habla de “Los hechos...”, de manera que la exención de pena por prestación de ayuda humanitaria queda referida a quien ayude intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros. El legislador penal de 2015 redefine y estructura los comportamientos colaboradores punibles. El artículo 318 bis recoge, en la actualidad, una doble modalidad delictiva: a) la primera, el delito de favorecimiento ilícito de la entrada o tránsito por territorio español de personas no nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea³⁴; y b) la segunda, el delito de favorecimiento ilícito y con ánimo de lucro, de la permanencia en España de personas no nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea (número 2 del artículo 318 bis)³⁵. Sin embargo, el párrafo 2º del número 1 se refiere únicamente a los supuestos de ayuda a la

³² QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho Penal Español Parte Especial*, Valencia, 2015, p. 925.

³³ En el Anteproyecto de 2012, en el apartado 1º del artículo 318, párrafo 2º, establecía que “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”. El Consejo General del Poder Judicial en su Informe de 16 de enero de 2013, pp. 224 y 225 señalaba que “Es evidente que el prelegislador se ha decantado por la aplicación al caso del principio de oportunidad, de manera que la ponderación por parte del Ministerio Público del ejercicio de la acción penal sólo queda condicionada por la concurrencia de un aspecto reglado, cual es la finalidad altruista a que se refiere el precepto. Sin embargo, nada dice el precepto sobre qué otros factores o aspectos habrán de ser tenidos en cuenta de cara a ponderar la pertinencia del ejercicio de la acción penal, quedando implícitamente diferida la concreción de este aspecto a la futura unificación de criterios que sobre esta cuestión adopte el Ministerio Fiscal”. En el mismo sentido, Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 16 de enero de 2013, pp. 224 y 225.

³⁴ Esta primera figura delictiva, regulada en el número 1 del artículo 318 bis genera un primer tipo agravado cuando la conducta se realice con ánimo de lucro (párrafo 3 del número 1), y una figura hipergravada, sancionada con pena de prisión de 4 a 8 años, en los supuestos en que la conducta se realice en el seno de una organización criminal, o se hubiese generado peligro para la vida o la salud o integridad de las personas objeto del delito.

³⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E.: “Delitos contra...”, cit., p. 854.

“entrada o tránsito” no a la permanencia del número 2, ni a los casos en que la conducta se realice con ánimo de lucro. De manera que el colaborador está exento de la pena que le correspondería en caso ayude a la entrada o tránsito de un no nacional de la unión europea cuando medie únicamente auxilio humanitario.

De esta forma, la controvertida cláusula de exención de responsabilidad se refiere a los supuestos en concurren estos elementos: 1º. Que se ayude intencionadamente a entrar en territorio español o transitar por el mismo. 2º. Que la ayuda se preste a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea. 3º. Que se vulnere la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros. 4º. Que el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. Elementos que van a ser tratados a continuación:

1º) Ayuda intencionada a la entrada o tránsito. Advierte Sáinz-Cantero que este tipo básico es un delito común, comisible por cualquiera que ayude a entrar en territorio español, o transitar a través del mismo, a un extranjero “extracomunitario”, vulnerando la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros vigente en nuestro país³⁶.

Dicha ayuda ha de ser para propiciar la entrada en territorio español o para facilitar el tránsito por el mismo. En efecto, el precepto citado pretende, de una parte, impedir la entrada en nuestro país castigando a quien facilita el paso: comprende todo comportamiento que, colabore a la entrada ilegal en España de personas que desean establecerse, generalmente con fines laborales, en nuestro país o en otro Estado de la Unión Europea³⁷. Por tanto la conducta se centra en ayudar, término que sustituye la prolija enumeración anterior de conductas prohibidas “promover, favorecer o facilitar directa o indirectamente el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas”, que no obstante pueden quedar igualmente abarcadas y con similar sentido, puesto que por ayudar puede entenderse cualquier conducta que favorezca o coadyuve a la entrada o al tránsito en territorio español, abarcando conductas de muy diversa significación (desde financiar el traslado, realizar el transporte de personas, facilitarles dinero, alimentos o simplemente colaborar con la conducción de vehículos, etc.)³⁸. Aunque como bien advierte Martínez-Bujan Pérez si ayudar significa prestar cooperación, a pesar de la reforma, el legislador continúa castigando conductas de mera complicidad³⁹. También se suprime la

³⁶ Ibidem, añade que de nuevo se produce una simplificación de términos respecto a la anterior redacción, evitando el recurso a conceptos normativos equívocos como el “tráfico ilegal de personas” o la “inmigración clandestina” que son objeto de incriminaciones específicas en otros ámbitos

³⁷ RÓDRIGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J. y COLINA OQUENDO, P.: “Los delitos contra los derechos de los trabajadores” en Rodríguez Ramos, L. (Dir.), Rodríguez – Ramos Ladania, G. (Coord.), *Código Penal Comentado*, Madrid, 2015, p.1721.

³⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E.: “Delitos contra...”, cit., p. 856.

³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra os derechos de los ciudadanos extranjeros” en González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho penal parte especial*, Valencia, 2015, p. 544.

referencia a “desde España o con destino a otro país de la Unión Europea”, debido a la “territorialización” de la política migratoria. Este delito solo se consuma si el ciudadano extracomunitario entra en territorio nacional, el cual incluye el mar territorial y la columna aérea sobre el mar territorial y sobre el territorio comprendido entre las fronteras españolas y las islas adyacentes⁴⁰.

De otra parte, se sanciona la ayuda al tránsito; se refiere el citado numeral, claramente, a favorecer la estancia del extranjero en territorio español para salir del mismo. La salida de extranjeros, según el artículo 28 de la LO 4/2000, se podrá realizar libremente, salvo limitaciones expresas de la citada Ley o del Código Penal, por lo que sólo será relevante cuando la entrada temporal en España sea irregular, siendo la irregularidad de la entrada lo que viciaría las posibilidades de salida, pudiendo afectar además de a los intereses españoles, los de la unión europea o de terceros Estados⁴¹. La simple referencia al concepto de traslado, movimiento o tránsito parece que sólo será penalmente relevante si presenta idoneidad para propiciar condiciones lesivas o de privación de derechos esenciales para el sujeto⁴². La SAP de Málaga 11/2014, de 26 de febrero [ARP 2014\321] subraya que el nivel de antijuridicidad formal exigido por el artículo 318 bis del Código Penal no se alcanza en aquellos supuestos en los que <<(…) la operación carece de cualquier matiz de clandestinidad ya que se hace a la luz de los controladores del paso del Estrecho pasando por delante de los puestos policiales y aduaneros>>.

En ambos casos, el autor del delito actúa con el consentimiento de la persona que entra o transita por España. La conducta no se produce, ni en el tipo básico, ni en los tipos agravados, con violencia, intimidación o engaño, y ni siquiera con abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima. La conducta es libremente aceptada por el sujeto al que se ayuda⁴³. Como sugiere Queralt Jiménez, el previsto en el artículo 318 bis 1, es un delito de comportamiento positivo (ayudar a alguien lo es). De modo que ese ingreso o tránsito en territorio español contraviniendo la normativa al efecto, de hecho solo podrá ser aplicable a la entrada irregular, no a la estancia, derivada de una entrada regular, aunque limitada. Así, si quien entra con visado de turista o de estudios, es auxiliado a seguir su tránsito a terceros países, en

⁴⁰ SANTANA VEGA, D.: “Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, 2015, p. 1132.

⁴¹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: “Delitos contra...”, cit., p. 857.

⁴² SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E.: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, p. 90, quien puntualiza que sólo serán relevantes aquellas aportaciones que se dirijan, en un contexto de una actividad de traslado de personas, al favorecimiento o producción de las condiciones de privación de derechos que hacen ilegal al tráfico o traslado de personas.

⁴³ MARAVER GÓMEZ, M.: “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Práctico*, Madrid, 2015, p. 1422. En este sentido, POMARES CINTAS, E.: “Reforma del...”, cit., p. 13, se toma la decisión de suprimir definitivamente del ámbito del art. 318 bis todo elemento que implique forzar la voluntad, comprometer la libertad de decisión, o viciar el consentimiento del extranjero, en la medida en que son característicos del concepto de trata de seres humanos –“engaño, violencia, intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad, necesidad o superioridad”

nada se ha vulnerado la legislación española, la única que puede proteger el Derecho Penal español. O sea, que quien recibe la ayuda ha de ser exclusivamente un sujeto indocumentado para entrar en España y que, por tanto, carezca de base legal para la mínima residencia tácita posible (arts. 25 y ss. LO 4/2000)⁴⁴. No obstante, la SAP de Málaga 232/2013 de 19 abril [ARP 2014\345] sostiene que el tráfico ilegal no es sólo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada llevada a cabo en calidad de turista, por ejemplo, pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación.

En cuanto al tipo subjetivo, se exige en ambas modalidades que la ayuda se preste “intencionadamente”, lo que significa que no es suficiente cualquier clase de dolo sino que es necesario un dolo directo⁴⁵; el tipo parece exigir una plena conciencia y voluntad por parte del agente de la condición de extranjero no comunitario, así como de la irregularidad de la entrada o tránsito, no pareciendo necesario que se exija un específico elemento subjetivo del injusto relativo a la finalidad de infringir la normativa de extranjería⁴⁶.

Las conductas subsiguientes a la entrada como ir a recoger a los puertos, aeropuertos o a pie de patera o cayucos, una vez que llegan los inmigrantes al territorio español, para transportarlos y/u ocultarlos y/o alojarlos se consideran abarcadas por el artículo 318 bis en su modalidad de tránsito o permanencia ilegal, sin que ahora, a diferencia de la redacción anterior, tenga que haber una conexión con la entrada ilegal en España, pues se configuran como conductas alternativas o independientes, cuyo denominador común es la ilegalidad de la entrada o tránsito y siempre que no concurra la ayuda humanitaria del número 1 párrafo 2º y el sujeto activo tuviera conocimiento de ellas. En todo caso, ya la jurisprudencia anterior a la LO 1/2015 exigía un mínimo de antijuridicidad material, (la STS 479/2006, de 28 de abril [2006\2335] absuelve al que se limita a poner en contacto a su hermano con el traficante de personas que lo llevaría a España)⁴⁷.

2º) Persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea. En este punto, la transposición de la normativa comunitaria ha sido tachada de incoherente con el ordenamiento jurídico interno. En el derecho internacional convencional, se ha perfilado una tendencia en los últimos lustros a imponer a los estados un deber de acogida de ciertos extranjeros. En el espacio europeo existen convenios de integración que incorporan cláusulas de libre circulación que imponen a los estados la obligación de no rechazar a los extranjeros, siempre que se trate de nacionales de

⁴⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho Penal Español Parte Especial*, Valencia, 2015, p. 924

⁴⁵ MARAVER GÓMEZ, M.: “Delitos contra...”, cit., p. 1432.

⁴⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E.: *Los delitos...*, cit., p. 91, señalaba que habrá de exigirse la conciencia y voluntad de las condiciones en que se realiza el tráfico.

⁴⁷ SANTANA VEGA, D.: “Delitos contra...”, cit., p. 1132.

los países signatarios del acuerdo en cuestión⁴⁸. Con estas premisas, señala Pomares Cintas, que no es adecuado definir a la persona objeto del delito del artículo 318 bis como *no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea*, ya que esto puede plantear problemas con los ciudadanos nacionales que pertenecen al Espacio Económico Europeo, quienes, a pesar de no formar parte de la política migratoria europea sobre autorizaciones de entrada y permanencia, disfrutan del estatuto del autóctono en la medida en que tienen libertad de circulación y residencia en el territorio de la Unión Europea; y con los apátridas, a los que el art. 67.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea los asimila “a los nacionales de terceros países” en el marco de la política común de inmigración, asilo y control de las fronteras exteriores⁴⁹. En cualquier caso, en lo que respecta al sujeto pasivo del artículo 318 bis se aprecia un tipo expreso negativo, sin explotación, por lo que estamos ante un delito meramente formal, sin víctima personal, a lo sumo un delito contra la comunidad política en cuanto se vulnera una prohibición, sin que conste lesión ni peligro⁵⁰.

3º. Vulneración de la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros. En todo caso, la entrada o tránsito han de vulnerar o infringir la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros en España, legislación especialmente recogida en el Capítulo I, del Título II de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integridad social (artículos 25 y ss.)⁵¹. Señala la STS 385/2012, de 10 mayo [RJ 2012\6183] que han de producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas legitimadoras de ingreso transitorio en el país pero con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones.

No obstante, ahora no basta con que la entrada en territorio español sea clandestina, no basta con que el extranjero que al que se ayuda no reúna los requisitos administrativos necesarios para entrar, sino que se exige la idoneidad del comportamiento colaborador para posibilitar que el extranjero *vulnera la legislación sobre*

⁴⁸ PEÑA, L.: “El Derecho de Extranjería en los Ordenamientos Constitucionales”, en *Isegoría* N° 26, Madrid, 2002, pp. 191 y 192.

⁴⁹ POMARES CINTAS, E.: “La colaboración de terceros en la inmigración ilegal a partir de la reforma de 2015 (art. 318 bis CP): ¿una cuestión penal? en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la reforma penal 2015*, Valencia, 2015, p. 627 y ss. En este sentido, los acuerdos regionales de integración incorporan cláusulas de libre circulación (inicialmente sólo de mercancías y a lo sumo de trabajadores) que imponen a los estados la obligación de no rechazar a los extranjeros, siempre que se trate de nacionales de los países signatarios del acuerdo en cuestión.

En el espacio europeo eso ha sucedido en virtud de un creciente número de convenios, llegando a su máximo con los tratados de Maastricht y Amsterdam y el convenio de Schengen. Sin embargo, hay una serie de limitaciones que merece la pena señalar.

⁵⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal...*, cit., pp. 924 y 925.

⁵¹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: “Delitos contra...”, cit., p. 857.

*entrada o tránsito de extranjeros*⁵²; es decir, que éste cometa un ilícito administrativo relativo a la entrada o circulación según la legislación de extranjería vigente. Así que debido a la falta de coherencia del ordenamiento interno español, existe un grave obstáculo que no se encuentra en otros ordenamientos de la Unión Europea: en España, la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, derogó la infracción consistente en “la entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean los pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstos”. Una infracción que hubiera sido esencial en la configuración de la conducta típica⁵³.

4º. Que la ayuda prestada sea ayuda humanitaria. La notable novedad de la reforma de 2015, en esta materia, es que la punibilidad del comportamiento decaerá cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate⁵⁴. Para entender qué se entiende por ayuda humanitaria, podría partirse, en primer lugar, de una interpretación genérica del término “humanitaria” e identificarla, según una de las acepciones reconocidas por el Diccionario de la RAE, con una ayuda de carácter “benigno, caritativo o benéfico”. Pero una interpretación tan amplia del término “humanitario” podría dejar vacía de contenido esta primera modalidad típica, en la que, como se ha visto, no se requiere el ánimo de lucro.

No obstante, como ha señalado la doctrina, existe otra posible interpretación de lo que es la “ayuda humanitaria” que también ha sido recogida en una de las acepciones del Diccionario de la RAE y que está basada en el Derecho Internacional. Conforme a esta interpretación, la ayuda humanitaria se identifica con la ayuda de emergencia que se presta en situaciones de catástrofe natural o humana, incluyendo dentro de ésta última la guerra o el conflicto armado⁵⁵. Según la Resolución 46/1982 de la Asamblea General de Naciones Unidas, la acción humanitaria es la que tiene por finalidad salvar vidas y aliviar el sufrimiento. Está regida por tres principios: a) humanidad: el ser humano debe ser tratado humanamente en toda circunstancia a través de la protección de vidas y aliviando el sufrimiento, al mismo tiempo que se asegura el respeto del individuo; b) imparcialidad: no basada en la nacionalidad, la raza, la religión o el punto de vista político, sino que ha de estar basada en la necesidad exclusivamente; y c) neutralidad: no involucrarse en ningún momento en controversias de una naturaleza política, racial, religiosa o ideológica. No estarán incluidos los supuestos de inmigración para la mera mejora económica⁵⁶. En contrapartida, sí serán punibles la solidaridad, el apoyo o protección a los propios

⁵² POMARES CINTAS, E.: “Reforma del...”, cit., p. 15.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E.: “Delitos contra...”, cit., p. 857.

⁵⁵ MARAVER GÓMEZ, M.: “Delitos contra...”, cit., p. 1433, quien afirma que en caso de acoger una noción amplia de la “ayuda humanitaria” el tipo básico quedaría casi vacío.

⁵⁶ SANTANA VEGA, D.: “Delitos contra...”, cit., pp. 1133 y 1134.

familiares o personas cercanas al colaborador con las que guarda un vínculo afectivo, en cuanto ajenos a la idea de imparcialidad y neutralidad que definen la ayuda humanitaria; si bien la pena aplicable sería la descrita en el artículo 318 bis.6.

Teniendo presente el carácter transnacional del tráfico ilegal de personas migrantes, el mencionado término discurre paralelo a la noción internacional de ayuda humanitaria, que reviste características propias: es una forma de auxilio o colaboración solidaria enfocada exclusivamente a proteger a aquellas personas desplazadas cuya vida o salud se encuentra amenazada por un desastre, catástrofe natural o conflicto armado, es decir, una situación que requiere una intervención inmediata, o un posterior acompañamiento del afectado⁵⁷. Pues como sugiere Pérez de las Heras, la concepción de la ayuda humanitaria ha evolucionado considerablemente en los últimos años. Así, junto con la asistencia de emergencia, que supone la ejecución de las acciones de socorro inmediatas con el fin prioritario de salvar y preservar vidas humanas, la ayuda puede constituir también un paso previo a acciones de reconstrucción o de desarrollo y, en estos casos, debe prolongarse durante todo el período de la situación de crisis y de sus efectos⁵⁸.

En definitiva, la supremacía del control de los flujos migratorios, de las fronteras exteriores de la Europa-fortaleza, es lo que siempre ha justificado el maximizar la persecución penal de la colaboración en la entrada o circulación ilegal de extranjeros, aunque respondan a motivaciones de esta clase⁵⁹; pues la estrategia para controlar los movimientos migratorios en el territorio de la UE, se ha caracterizado primordialmente por su índole represiva y actuarial⁶⁰. De modo que esta cláusula de exención basada en la “ayuda humanitaria” es una lógica medida de humanización de la figura delictiva, que aún contando con un fundamento loable sin duda ocasionará problemas en su aplicación, habida cuenta de que según el texto de la ley, la prestación de este auxilio ha de ser el “único” objetivo del autor, además de obligar a precisar un concepto tan melifluo como es el de “ayuda humanitaria” que puede abarcar desde auténticas situaciones de necesidad del extranjero, a equívocas manifestaciones basadas en una falsa caridad o solidaridad⁶¹.

3. Naturaleza de la cláusula de exoneración

La Ley no deja lugar a dudas: el nuevo párrafo 2º del artículo 318 bis. 1 del Código Penal viene a excluir la responsabilidad penal de aquellos sujetos que ayudan

⁵⁷ POMARES CINTAS, E.: “La colaboración...”, cit., p. 627.

⁵⁸ PÉREZ DE LAS HERAS, B.: “La ayuda humanitaria de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 9, 2005, pp. 250 y 251, quien puntualiza que frente a la ayuda humanitaria que aisladamente considerada que se destina directamente a las víctimas, el vínculo entre la ayuda de urgencia, la rehabilitación y el desarrollo o lo que denomina “zona gris”, está vinculado a la rehabilitación y desarrollo se versa a los estados beneficiarios.

⁵⁹ POMARES CINTAS, E.: “Reforma del...”, cit., p. 17.

⁶⁰ Resolución del Parlamento Europeo, 2007.

⁶¹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E.: “Delitos contra...”, cit., p. 857

intencionadamente a un ciudadano que no sea miembro de la Unión Europea, a entrar o transitar por territorio español, vulnerando la normativa administrativa sobre entrada y tránsito, cuando actúan movidos únicamente por “razones humanitarias”.

En cualquier caso, la revitalización de este fin humanitario como merecedor de la exclusión de la responsabilidad penal impone la necesidad de determinar la naturaleza de esta particular cláusula. Y aunque esta cuestión no ha generado un efervescente debate doctrinal, sí que hay dos posiciones claramente diferenciadas:

3.1. *La ayuda humanitaria como excusa absolutoria*

Sugiere Maraver Gómez, que las modalidades relativas a la ayuda para la entrada y el tránsito ilegal en España (art. 318 bis.1) van acompañadas concretamente de una excusa absolutoria cuando el objetivo del autor fuera únicamente “prestar ayuda humanitaria”⁶². También el Consejo General del Poder Judicial aconsejaba atribuir al precepto la naturaleza propia de las excusas absolutorias, en atención a la importancia de la finalidad perseguida por el autor, siempre que la gravedad de los hechos fuera escasa, como así lo requiere implícitamente el subtipo atenuado recogido en el número seis⁶³.

Sin entrar en un profundo análisis técnico-jurídico de este instituto penal que excedería de los fines de este estudio, sí que conviene recordar que estas causas de exclusión se basan en razones político-criminales, por las cuales el legislador renuncia a la pena del delito por entender que, en ese caso en concreto, resulta más ventajoso no llevar a cabo la ejecución de la pena que hacerla efectiva⁶⁴. Las excusas absolutorias son causas de exclusión de la pena, pues son excusas legales que determinan la impunidad que el legislador ha previsto *utilitatis causa*⁶⁵. En cuanto a la fundamentación de las excusas absolutorias, Manjón-Cabeza subraya que se trata de supuestos en que la pena se revela innecesaria, por más que sea merecida, pudiendo ser su aplicación contraproducente (lo que puede observarse en las excusas que se refieren al parentesco) o ser recomendable excusarla (por estar ante un comportamiento posterior positivo). Se parte de que hay un merecimiento de la pena cuando se realiza el injusto culpable, lo que aparece como la condición necesaria para aplicar la pena. Pero cuando concurre una excusa absolutoria: la pena

⁶² MARAVER GÓMEZ, M.: “Delitos contra...”, cit., pp. 1432 y ss.; en el mismo sentido POMARES CINTAS, E.: “Reforma del...”, cit., p. 17 y ss.

⁶³ Informe del Consejo General del Poder Judicial de 16 de enero de 2013, pp. 224 y ss.

⁶⁴ COBO DEL ROSAL, M.: *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2012, p. 216. Entendiendo el autor que en estos casos siguen estando presentes los elementos de la estructura del delito y que éstos han sido afirmados.

⁶⁵ Vid. Ampliamente ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *Sinopsis de derecho penal. Parte general*, Madrid, 2011, p.216, 217; Señala MOLINA FERNAÁNDEZ, F.: “Circunstancias que condicionan la punibilidad del delito”, en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento...*, cit., p. 504, que En estos casos, el autor ha cometido un delito, al infringir de manera culpable una norma de comportamiento penal, pero esta infracción, de manera excepcional, no lleva aparejada una sanción.

merecida deja de ser necesaria porque sus fines pueden actuarse de otra forma que no consista en la imposición de la pena concreta⁶⁶.

El Tribunal Supremo, en Sentencia 7407/1986, de 26 de diciembre [RJ 1986/7996], subrayaba que bajo esa denominación de excusas absolutorias << (...) se vienen comprendiendo un conjunto de circunstancias de dudosa y controvertida naturaleza jurídica (...), que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos, no obstante, estar presentes en ellos las notas de antijuridicidad tipificada y culpabilidad>>. Siguiendo la línea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la apreciación de una excusa absolutoria supone la presencia de antijuridicidad tipificada y culpabilidad del hecho, lo que trasladado al supuesto del párrafo 2º del número 1 del artículo 318 bis implicaría afirmar que lo que este nuevo precepto recoge es un hecho antijurídico (por tanto, regula una conducta contraria a derecho) del que el autor resulta culpable, pero el legislador excluye la pena prevista para el colaborador del inmigrante ilegal cuando concurren las circunstancias o requisitos que menciona el artículo, esto, el móvil de ayuda humanitaria, por entender que resulta más ventajoso no aplicar la pena. Por tanto, considerar la ayuda humanitaria una excusa absolutoria, supondría que dar cobijo, facilitar alimentos o prendas de abrigo, recoger a un sujeto que está en una patera en alta mar, es un delito, pero el legislador considera conveniente dejar sin pena al autor por la realización de esos hechos cuando la única motivación de la conducta sea la solidaridad. Por ello, este elemento deberá ser objeto de prueba en un juicio⁶⁷.

En efecto, el numeral citado no evita la apertura del proceso penal contra la persona que presta esa ayuda, lo que supone aceptar explícitamente que la ayuda altruista o la hospitalidad están prohibidas penalmente. Por otra parte, mantener el citado criterio de exención de pena significa invertir la carga de la prueba: requerirá que el acusado acredite la concurrencia de un propósito “humanitario”, lo que contradice el principio de presunción de inocencia como derecho fundamental. En opinión de Terragni, desde el momento en que se ha establecido la imposibilidad de la aplicación de una pena, el proceso debe sobreseerse sea cual sea el estado o grado en que la causa de encuentro⁶⁸. La STS 618/2010 de 23 junio [RJ 2010\7163] ha admitido la posibilidad de que la excusa absolutoria produzca sus efectos ya en la fase de instrucción o en la fase intermedia mediante la oportuna resolución de sobreseimiento. Pero, la apreciación de una excusa absolutoria no significa que se elimine el delito, como sostiene Manjón-Cabeza, “el delito no desaparece, entre otras cosas porque se mantiene la responsabilidad penal por ese hecho para otros intervinientes en el delito no alcanzados por la excusa”. Cuando concurren excusas absolutorias hay delito así como responsabilidad penal, aunque

⁶⁶ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas...*, cit., p. 26.

⁶⁷ MARAVER GÓMEZ, M.: “Delitos contra...”, cit., p. 1433.

⁶⁸ TERRAGNI, M.A.: “Excusa absolutoria: cuándo y por qué de no castigar”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº3, 2013, p. 1.

no se lleve a cabo la aplicación de la pena, por tanto, puede tener cabida la responsabilidad civil⁶⁹. En este sentido es destacable la STS 719/1992, de 6 de Abril [RJ 1992/2769], donde se establecía la posibilidad de aplicar la excusa absolutoria y a la vez, decidir sobre si concurre o no responsabilidad civil, así como fijar la correspondiente indemnización⁷⁰; pues como advierte la STS 361/2007, de 24 abril [RJ 2007\4721], la exención de responsabilidad penal no alcanza a la responsabilidad civil derivada de los hechos (...) una vez apreciada la excusa, pero declarada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, se autoriza al Tribunal penal a que se pronuncie sobre la responsabilidad civil.

Entiende Pomares Cintas que siendo el legislador penal español consciente de esta situación y del acervo represivo de la Directiva 2002/90/CE en aras de la supremacía del interés del control de los flujos migratorios y de las fronteras exteriores de la Unión Europea, esta cláusula absolutoria, en realidad, es de corto y definido alcance. En efecto, no se puede entender excepcional una colaboración que atienda a la necesidad humana de migrar, en la situación que atraviesan los inmigrantes que no pueden cumplir las difíciles condiciones de entrada en territorio de la Unión Europea. El concepto de “ayuda humanitaria”, vinculada al momento de la entrada o tránsito del extranjero de que se trate, responde, sin embargo, a un perfil distinto⁷¹. Sin embargo, para Maraver Gómez, partiendo de una concepción internacional de ayuda humanitaria inspirada en los principios de emergencia, neutralidad e imparcialidad, se limitaría así el alcance de esta excusa absolutoria al caso en el que se ayuda a entrar o transitar por España a personas que escapan de un desastre o de una catástrofe. Con esta interpretación más restringida del término “ayuda humanitaria”, habría espacio para un tipo básico de ayuda a la entrada o tránsito ilegal, sin ánimo de lucro, no cubierta por la excusa absolutoria, con independencia de que en los casos de ayuda a familiares o personas afines fuera posible aplicar a su vez la reducción facultativa de pena prevista en el Código Penal artículo 318 bis.6⁷².

En consecuencia, si se atiende a la acepción de la palabra excusa como "exponer y alegar causas o razones para sacar libre a alguien de la culpa que se le imputa", aparece la evidencia de que a quien se beneficia con la exención de pena no se le resta la culpabilidad sino que le deja libre de pena invocándose a favor de él alguna

⁶⁹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas absolutorias en Derecho Español: doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 2014, p. 26; GARCÍA-PUENTE LLAMAS, J.: “Nuestra concepción...”, cit., p. 80, señala que las excusas absolutorias dejan subsistente el carácter delictivo del acto y que no hacen más que excluir la pena

⁷⁰ El Tribunal Supremo denegó admitir el recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual condenó al sujeto al pago de una indemnización aun habiendo admitido la excusa absolutoria.

⁷¹ POMARES CINTAS, E.: “Reforma del...”, cit., p. 16.

⁷² MARAVER GÓMEZ, M.: “Delitos contra...”, cit., p. 1433.

causa o alguna razón⁷³. En consecuencia, en el caso del párrafo 2º del artículo 318 bis 1, la construcción de la excusa absolutoria significaría que la colaboración humanitaria con inmigrantes ilegales es una acción típica y antijurídica que no es punible porque el autor del delito lo comete impulsado exclusivamente por una motivación humanitaria; sin embargo, entiendo que las excusas absolutorias recogidas en la Parte Especial del Derecho Penal se basan en causas personales⁷⁴ que excluyen la pena (parentesco) o bien en un comportamiento postdelictivo (como en el caso de regularizar la situación fiscal o evitar la propagación de un incendio). La ayuda humanitaria que rige la conducta colaborativa con el inmigrante no responde a ninguna de dichas premisas. En este caso, entiendo que el interés preponderante de atender la vida, salud o, incluso, la misma dignidad o seguridad del inmigrante ilegal, hace que la conducta no sea, a priori, lesiva ni peligrosa para el bien jurídico (derechos de los inmigrantes) y, por tanto, excluye la antijuridicidad.

3.2. *La ayuda humanitaria como causa de justificación*

Como decía, la tesis que defiende la excusa absolutoria no es la única posición sobre la naturaleza de la exención penal del párrafo 2º del artículo 318 bis. 1 del Código Penal. También cabría valorar si existe una causa de justificación.

En este sentido, señala Santana Vega que este párrafo 2º recoge una causa de justificación especial cuando se trate de prestar ayuda humanitaria, siendo en este caso descartable su consideración como excusa absolutoria, debido a su correspondencia con la acción típica, esto es, mientras que ésta es negativa porque se infringe la legislación de extranjería sin causa para ello –ayuda en negativo–; en el caso de la ayuda humanitaria –ayuda positiva– se estará a caballo entre el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho humanitario⁷⁵. En su informe al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012, el Consejo Fiscal, subrayaba que para facilitar la adecuación de la respuesta penal a la culpabilidad del autor, bastaría con recurrir a la aplicación del subtipo privilegiado del apartado 6 del artículo 318 bis, que permite la rebaja de la pena en un grado atendiendo a las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, o al uso de las circunstancias genéricas atenuantes, semieximentes o incluso eximentes contempladas en los arts. 20 y ss., si resultaren de aplicación al caso⁷⁶.

A diferencia de las excusas absolutorias, las causas de justificación sí que hacen lícita la realización de la acción típica. Es decir, una conducta ilícita pasa a ser lícita

⁷³ TERRAGNI, M.A.: “Excusa absolutoria...”, cit., p. 1.

⁷⁴ Señala GARCÍA-PUENTE LLAMAS, J.: “Nuestra concepción...”, cit., p. 80, que en la concepción de los tratadistas alemanes, las excusas absolutorias son “causas personales que excluyen la pena”.

⁷⁵ SANTANA VEGA, D.: “Delitos contra...”, cit., pp. 1133 y 1134.

⁷⁶ El Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012, pp. 273, 274 y 275 se pronunciaba en este sentido con el fin de eliminar la prescripción que dejaba en manos del Ministerio Público la decisión de acusar o no acusar en casos de prestación de ayuda humanitaria en la entrada o tránsito de inmigrantes.

cuando concurre una causa que excluye la antijuridicidad⁷⁷. Conforme a ello, la ayuda a entrar o circular por España prestada a extranjeros no nacionales de la Unión Europea, al margen de la normativa que las regula, en principio, atenta contra los derechos de los extranjeros, pero cuando los actos de colaboración responden a razones humanitarias la conducta deviene justa y no antijurídica⁷⁸. Al tratarse de una causa de justificación los que hubieran participado en la ayuda humanitaria, por efecto de la accesoriad limitada –exigencia de que la conducta del autor sea típica y antijurídica- quedarán exentos de pena⁷⁹.

Por otra parte, el precepto alude a “la persona de que se trate”, por lo que parece que esta causa de justificación no podría aplicarse si se ayudara a un grupo de personas haciéndose prevalecer el control de los flujos migratorios por parte del Estado a las vidas humanas. Sorprende que, valorándose como positivo lo menos, ayudar por motivos humanitarios a una única persona, no se valora como muy positivo lo más, la ayuda a un colectivo⁸⁰. Además, se hace referencia expresa al elemento subjetivo de la causa de justificación, exigiendo que el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria. Con ello se quiere excluir aquellos supuestos de ayuda, realizados con o sin ánimo de lucro, en los que la ayuda humanitaria se presta como consecuencia de la realización de alguna de las conductas típicas (embarcación que zozobra, enfermedad de algún transportado, parto de alguna mujer), sin perjuicio de que en estos casos, como viene haciendo la jurisprudencia se aplique la cláusula de moderación de la pena (ap.6)⁸¹; y si lo que percibe es dinero o trabajo para compensar el coste de la ayuda, no estamos ante ánimo de lucro, en cuanto no supone enriquecimiento por parte del sujeto activo, y, por tanto, sigue en vigor el tipo básico⁸².

En cualquier caso, a quien actúa bajo el amparo de una causa de justificación, no se le puede imponer ni una pena ni una medida de seguridad, puesto que la conducta es lícita, del mismo modo que tampoco se le puede exigir responsabilidad civil⁸³. En opinión de Santana Vega, habrá que entender que la exención de responsabilidad se refiere a todas las conductas incluidas en el precepto: entrar, transitar, per-

⁷⁷ DOMÍNGUEZ CORREA, M.: “El consentimiento del ofendido: entre la justificación y la exclusión de la tipicidad”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, p. 115. Recurso electrónico disponible en: <http://www.revistafacultadderecho.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/article/view/90> 15/07/2015

⁷⁸ En términos generales, QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del Derecho Penal*, Navarra, 2015, p. 191.

⁷⁹ SANTANA VEGA, D.: “Delitos contra...”, cit., p. 1134.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem.

⁸² QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho Penal...*, cit., p. 926.

⁸³ DOMÍNGUEZ CORREA, M.: “El consentimiento del ofendido: entre la justificación y la exclusión de la tipicidad”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, p. 115, quien añade que Ahora bien, en caso de que se dé una causa de exención de responsabilidad criminal no se le puede exigir responsabilidad penal pero sí en su caso, responsabilidad civil Recurso electrónico disponible en: <http://www.revistafacultadderecho.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/article/view/90> 15/07/2015

manecer⁸⁴. Sin embargo, entiendo que justificación queda referida sólo a la entrada o tránsito, no a la permanencia que, además de requerir ánimo de lucro, está prevista en el número 2 del artículo 318 bis y por tanto no queda incluida en “Los hechos” a que se refiere el párrafo 2º.

En todo caso, esta casusa de justificación no excluye a las genéricas⁸⁵. En este sentido, indica Muñoz Conde que esta exención de pena atempera el excesivo rigor que supone la aplicación del párrafo primero, cuando la ayuda (alojamiento, transporte, alimentación o incluso préstamo de dinero al extranjero en situación ilegal) se hace por razones humanitarias, consagrándose así una especie de ayuda necesaria a quien se encuentra en una situación evidente de estado de necesidad⁸⁶. Y es que no se puede silenciar que frecuentemente se invoca como causa de justificación el estado de necesidad sobre la base de que los sujetos pasivos se encontraban perseguidos en sus países de origen. La jurisprudencia menor ha afirmado como “en teoría, es posible apreciar la justificante del estado de necesidad (art. 20.5 CP) cuando la salida, la entrada o el tránsito del extranjero por territorio nacional se hace para evitar un mal ajeno. Por ejemplo, individuos perseguidos por motivos políticos, por su etnia o creencias religiosas, etc., que se encuentren amenazados de muerte en sus países de origen” (SSAP Málaga 15/2001, de 13 de marzo [ARP 2001\690], y 49/2004, de 30 de julio [ARP 2004\558])⁸⁷. En efecto, estos casos se reconducen al el estado de necesidad que se resuelve conforme al principio básico de optar por el interés preponderante en las situaciones de conflicto, esto es, la evitación de un mal al extranjero ilegal prestándole ayuda humanitaria frente al cumplimiento de la normativa administrativa que regula la entrada o tránsito por territorio español⁸⁸. No obstante, y sin desconocer que puede concurrir el estado de necesidad, si efectivamente se hace para evitar un mal ajeno a las personas transportadas, y el sujeto activo obra en atención a la consecución de refugio, asilo o protección para los inmigrantes, tales extremos deben acreditarse cumplidamente y, desde luego, han de entenderse incompatibles con el precio⁸⁹.

Sin embargo, según Martínez-Buján Pérez, lo que la reforma introdujo en el párrafo segundo del apartado 1 es una cláusula de atipicidad con la que el legislador ha venido a atender la solicitud de la doctrina, que ya había venido siendo acogida por nuestra jurisprudencia⁹⁰. En este sentido, la STS 479/2006, de 28 de abril [2006\2335] señalaba que <<Con ello se extraen de los dominios de la tipicidad

⁸⁴ SANTANA VEGA, D.: “Delitos contra...”, cit., p. 1134.

⁸⁵ Ibidem..

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, cit., p. 316.

⁸⁷ SANTANA VEGA, D.: “Delitos contra...”, cit., p. 1134.

⁸⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Sistema de causas de justificación”, en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento...*, cit., p. 202, señala en términos generales que en el estado de necesidad se produce una situación de peligro actual para legítimos intereses propios o de un tercero, que sólo puede conjurarse mediante la proporcionada lesión o puesta en peligro de los legítimos intereses de otra persona.

⁸⁹ Circular 2/2006..., cit., pp. 87 y 88.

⁹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Delitos contra...”, cit., p. 544.

conductas que deben permanecer ajenas al Derecho penal, como traslados de ciudadanos extranjeros a territorio español, con fines altruistas, que en modo alguno comprometen su dignidad, y que difícilmente podrían llegar a comprometer la estabilidad económica o la política migratoria de los países desarrollados, salvo que constituyeran conductas repetidas y llevadas a cabo por organizaciones que pudieran provocar entradas masivas de inmigrantes>>. De hecho, la jurisprudencia entiende que no hay el estado de necesidad en los casos en que los patrones de una embarcación pretendieran quedarse también en territorio español (ATS 120/2008, de 12 de febrero [JUR 2008\112709]), habiendo sido el Tribunal Supremo muy restrictivo en su aplicación, incluso como eximente incompleta, por no concurrir el requisito básico del conflicto de bienes o colisión de deberes, o no resultar acreditadas las causas que se alegan (STS 1146/2009, de 18 noviembre [RJ 2010\178]). En los casos de inmigrantes que patronean la embarcación al ser abandonados a su suerte en alta mar o próximos a las costas españolas se ha optado por la atipicidad y la presunción de inocencia (SSAP Las Palmas 156/2005 de 15 junio [JUR 2005\194122] y 157/2005 de 15 junio [JUR 2005\194125]). Los actos de salvamento marítimo son supuestos de atipicidad según la STS 606/2007, de 1 junio [RJ 2007\5637]⁹¹.

En mi opinión, el previsto en el párrafo 2º del artículo 318 bis.1 del Código Penal es un supuesto de estado de necesidad justificante que se resuelve en base al principio del interés preponderante. Pero no habrá que esperar a que “la persona de que se trate” padezca una enfermedad, o sufra desnutrición extrema para que la ayuda prestada no constituya delito. No se trata de que la exención penal quede reservada única y exclusivamente para los casos de riesgo para la vida o integridad del inmigrante irregular, sino incluso para aquéllos en que la ayuda se presta con el fin de restablecer su dignidad o su seguridad. Curiosamente, García-Puente Llamas identificaba todas las excusas absolutorias con las causas de justificación en base a un interés preponderante que hay que salvaguardar⁹². Y según Terragni, en el encubrimiento lo que juega es una causa de justificación en vista de un interés preponderante, salvaguardar el honor del nombre del encubridor. La obligación jurídica de abstenerse de encubrir queda en suspenso ante la posibilidad de un sacrificio no de carácter material, como es el pensamiento dominante en el estado de necesidad y en los deberes de impedir determinados delitos y de prestar socorro, sino de tipo anímico, de sufrimiento moral, que puede producir el ir contra los sentimientos naturales⁹³.

Conforme a este planteamiento, el deber jurídico de abstenerse de ayudar a extranjeros ilegales también se interrumpe cuando se trata de evitar un mal para el

⁹¹ SANTANA VEGA, D.: “Delitos contra...”, cit., pp. 1133 y 1134.

⁹² GARCÍA-PUENTE LLAMAS, J.: “Nuestra concepción...”, cit., p. 84

⁹³ TERRAGNI, M. A.: “Excusa absolutoria...”, cit., p. 1.

propio inmigrante; se produce un conflicto de intereses que se resuelve a favor de su restablecimiento personal o, incluso, de la salvaguarda de su dignidad, sobre el interés político-criminal de gestionar los flujos migratorios conforme a la normativa administrativa; sin que pueda ser exigible a cualquier ciudadano medio comprobar si el extranjero al que ayuda es poseedor o no de título habilitante para entrar o circular por territorio español y sin que, en su caso, se le pueda prohibir ejercer un derecho humanitario.

IV. CONCLUSIONES

Aunque con la crisis que soporta España en los últimos años puede resultar cuanto menos insólito que la meta de algunos extranjeros sea llegar a nuestro país buscando oportunidades laborales y económicas, lo cierto es que son muchas las personas que se juegan a diario la vida para llegar a nuestras costas, a sabiendas de que en la consecución de su objetivo no sólo tienen que librar los peligros del camino, sino que deben enfrentarse a la negativa y a las fronteras blindadas del Estado español.

Es indiscutible que la propia dinámica del movimiento migratorio clandestino y las políticas restrictivas propician la creación de mafias que aprovechando la situación de especial vulnerabilidad del inmigrante gestionan y dirigen su destino. Se trata de una actividad ilegal ante la que el Estado no puede permanecer pasivo: es razonable que se establezcan medidas e incriminen conductas que atenten contra los derechos de esos inmigrantes irregulares. Pero, paradójicamente, la política criminal española, más preocupada por la ordenación de los flujos migratorios que por la salvaguarda de sus derechos, bajo el lema “Delitos contra los derechos de los extranjeros” ha venido castigando cualquier acción, por periférica que sea, desarrollada en el ciclo emigratorio o inmigratorio en condiciones de ilegalidad.

Sin embargo, en mi opinión -y la práctica forense así lo corrobora- es precisa la vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico de carácter individual para sancionar las conductas de colaboración, ayuda o protección al colectivo de inmigrantes a que se refiere el artículo 318 bis. La LO 1/2015, amparándose en la necesidad de dar cumplimiento a los compromisos internacionales, ha vuelto a reformar, sin acierto, estos delitos. Se podría decir que la nueva regulación deja claro que solamente se sancionan las conductas por medio de las cuales se facilita directamente la entrada ilegal o el tránsito en España y abre la posibilidad de que estas conductas no sean sancionadas cuando la motivación es humanitaria (artículo 318 bis. 1 párrafo 2º).

Pero resulta contradictorio que el único artículo destinado a la protección de los derechos de los extranjeros legitime la inactividad frente a quienes se encuentran totalmente indocumentados, en condiciones de precariedad e imposibilitados para

acceder a servicios, alimentos y abrigo con las mismas garantías que cualquier nacional; cuando el objetivo exclusivo de este tipo delictivo debiera ser la persecución y sanción del que aprovechándose de la especial fragilidad de la víctima inmigrante actúa con el propósito de obtener un beneficio indebido. Pues, atendiendo a la redacción del tipo, se produce una inversión de la carga de la prueba, de manera que el colaborador deberá demostrar que el auxilio prestado es ayuda humanitaria, con la traba que supone su indefinición legal. ¿Es ayuda humanitaria dar alimentos a un inmigrante ilegal?, ¿lo es trasladarlo en coche? Si se atiende al concepto internacional de ayuda humanitaria, la cláusula del párrafo segundo sólo eximiría de responsabilidad penal a la ayuda prestada conforme a los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, con exclusión de la colaboración entre familiares o amigos.

Con estas premisas, entiendo que el legislador, una vez más, ha perdido la oportunidad de depurar su técnica legislativa en la configuración de este tipo penal: si pretendía orillar el castigo penal de conductas colaboradoras que responden a motivaciones solidarias, hubiera bastado integrar, en el tipo básico, el ánimo de lucro, es decir, la finalidad de obtener un enriquecimiento o beneficio material indebido, como se requiere respecto de la ayuda a la permanencia ilegal (artículo 318 bis. 2)⁹⁴, lo que, por otra parte, no supondría diferenciar sustancialmente la descripción de la infracción administrativa frente a la del ilícito penal, pues el artículo 54.1.b de la LO 4/2000, exige, para apreciar la infracción administrativa, no sólo el favorecimiento de la inmigración clandestina, sino también el ánimo de lucro⁹⁵.

En mi opinión, cualquier ayuda que se presta sin ánimo de lucro es una ayuda que responde de alguna manera a razones solidarias. Así pues, prácticamente todas las conductas integrantes de esta primera modalidad típica quedarían exentas de responsabilidad por ser inocuas no sólo para los bienes jurídicos de carácter eminentemente personal sino incluso, para el colectivo o supraindividual. La colaboración punible a tener del número 1, tiene carácter residual: quedaría reducida a los supuestos en que concurre ánimo de lucro y no concurre ayuda humanitaria. En cualquier caso, conforme al artículo 318 bis.1 párrafo 2º, estos actos de colaboración están amparados no por una excusa absolutoria sino por una causa de justificación. No se trata de que por “motivos transitorios o de convivencia”, el legislador crea más útil tolerar el delito que castigarlo, “aun conocimiento que existe delito, y que hay persona que de él pudiera responder”⁹⁶, sino de que el auxilio humanitario

⁹⁴ En este mismo sentido, POMARES CINTAS, E.: “Reforma del...”, cit., p. 16.

⁹⁵ De modo que como señala MARAVER GÓMEZ, M.: “Delitos contra...”, cit., p. 1429, si no se realiza una interpretación restrictiva del precepto puede producirse la paradoja de que el tipo penal incluya supuestos menos graves que los recogidos en la infracción administrativa.

⁹⁶ SILVELA L.: *El Derecho Penal estudio en principios y la Legislación vigente en España*, T.II, Madrid, 1879, p. 249.

convierte al acto de ayuda en legítimo por concurrir causa de justificación, concretamente estado de necesidad que conforme al principio del interés preponderante se resuelve a favor de la vida, la salud, la dignidad o seguridad del inmigrante. De modo que quien actúa el amparo de esta causa de justificación realiza una conducta lícita, y en consecuencia, no se le puede exigir responsabilidad penal ni civil.

Pero todos estos escollos serían fácilmente salvables si la ordenación de los comportamientos colaboradores con la actividad inmigratoria ilegal, sin ánimo de lucro y con consentimiento del inmigrado, se llevase al derecho administrativo ya que es más que dudoso que ésta sea una cuestión penal.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. y BERMEJO, M.G.: “Delitos en materia de migraciones ilegales”, en Silva Sánchez, J. M^a. (dir.), Pastor Muñoz, N. (coord.), *El nuevo Código Penal Comentarios a la Reforma*, Madrid, 2011.
- CANCIO MELIA, M. y MARAVER GÓMEZ, M.: “El Derecho Penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, *Revista CENIPEC*, 25.2006.
- COBO DEL ROSAL, M.: *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2012.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “Delitos contra los Derechos de los Extranjeros”, *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, *InDret Revisa para el análisis del Derecho*, 1/2010.
- DOMÍNGUEZ CORREA, M.: “El consentimiento del ofendido: entre la justificación y la exclusión de la tipicidad”, *Revista de la Facultad de Derecho*. Recurso electrónico disponible en: <http://www.revistafacultadderecho.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/article/view/90> 15/07/2015
- GARCÍA-PUENTE LLAMAS, J.: “Nuestra concepción de las excusas absolutorias”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 34, Fasc/Mes 1, 1981.
- GIL ARAÚJO, S.: “Muros alrededor de “el Muro”. Prácticas y discursos en torno a la inmigración en el proceso de construcción de la política migratoria comunitaria”, en Martín Palomo, M. T. y Miranda López, M. J. y Vega Solís, C. (ed.), *Delitos y Fronteras. Mujeres extranjeras en prisión*, Madrid, 2005.
- HORTAL IBARRA, J. C.: “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), Gómez Martín, V. (coord.), *Política criminal y reforma penal*, Montevideo, 2007.
- IGLESIAS SKULJ, A.: “Artículo 318: delitos contra los ciudadanos extranjeros”, en González Cussac, J. L. (dir), Matallín Evangelio, A. (dir.), Górriz Royo, E. (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 2015.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas absolutorias en Derecho Español: doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 2014.
- MARAVER GÓMEZ, M.: “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Práctico*, Madrid, 2015.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2009.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: “La manta y la hospitalidad”, (I+D+ i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449) Y PLATAFORMA OTRO DERECHO PENAL ES POSIBLE), Madrid, 2014.

- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, 2009.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2015.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” en González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho penal parte especial*, Valencia, 2015.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Circunstancias que condicionan la punibilidad del delito”, en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Práctico*, Madrid, 2016.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2015.
- MUÑOZ RUIZ, J.: “La expulsión penal Nuevas tendencias legislativas”, en RECPC núm.16 (05), 2014.
- NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión penal de extranjeros: una simbiosis de Derecho Penal simbólico y Derecho Penal del enemigo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2ª Época, nº17 (2006).
- PEÑA, L.: “El Derecho de Extranjería en los Ordenamientos Constitucionales”, en *Isegoría* Nº 26, Madrid, 2002.
- PÉREZ DE LAS HERAS, B.: “La ayuda humanitaria de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 9, 2005.
- PÉREZ FERRER, Fátima, *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Madrid, 2006.
- POMARES CINTAS, E.: “La colaboración de terceros en la inmigración ilegal a partir de la reforma de 2015(art. 318 bis CP): ¿una cuestión penal? en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la reforma penal 2015*, Valencia, 2015.
- POMARES CINTAS, E.: “Reforma del Código Penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal contra la Unión Europea”, en *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, Franca, año 19, n. 29, p. 1-20, jan.-jul., 2015. Recurso electrónico disponible en: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudiosjuridicosunesp/index>>
- QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del Derecho Penal*, Navarra, 2015.
- REUS MARTÍNEZ, N.: “La Justicia Penal y la Unión Europea, Convenios Existentes. Especial Consideración al Espacio Schengen”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 12, enero-abril, 2002.
- RÓDRIGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J. y COLINA OQUENDO, P.: “Los delitos contra los derechos de los trabajadores” en Rodríguez Ramos, L. (Dir.), Rodríguez – Ramos Ladania, G. (Coord.), *Código Penal Comentado*, Madrid, 2015.
- RODRÍGUEZ MESA, M. J.: “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina”, en Pérez Álvarez, F. (coord.), Serta: in Memoriam Alexandri Baratta, Aquilafuente, Salamanca, 2004.
- RODRÍGUEZ MESA, Mª. J.: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: “Delitos contra los derechos de los extranjeros”, en Morillas Cueva, L. (dir.), *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, Madrid, 2016.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E.: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002.
- SANTANA VEGA, D.: “Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, 2015.
- TAPIA BALLESTEROS, P.: Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: ¿por fin una tutela para la

persona «no nacional» en el ordenamiento jurídico penal español?, en *Diario La Ley* N° 8597, septiembre 2015.

TERRAGNI, M.A.: “Excusa absolutoria: cuándo y por qué de no castigar”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº3, 2013.

TORRES FERNÁNDEZ, E.: *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, Madrid, 2012.

VESTRI, G.: *Inmigración y extranjería. Amparo jurídico-legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados*, Valencia, 2014.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Sinopsis de derecho penal. Parte general*, Madrid, 2011.