

El tenor literal del artículo 318 bis CP y su contribución a una mayor vulnerabilización de los extranjeros. Propuesta reinterpretativa *

Pastora García Álvarez

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

GARCÍA ÁLVAREZ, PASTORA. El tenor literal del artículo 318 bis CP y su contribución a una mayor vulnerabilización de los extranjeros. Propuesta reinterpretativa. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-16, pp. 1-35.
<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-16.pdf>

RESUMEN: El vigente tenor literal del artículo 318 bis CP ha llevado a que parte de la doctrina e incluso el Tribunal Supremo en alguna de sus resoluciones concluyan ya como indiscutible que lo que en él se sanciona no es más que la ayuda intencionada, con y sin ánimo de lucro, a la vulneración por los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, de la normativa legal reguladora de su entrada, tránsito y permanencia en territorio español, con la finalidad de reforzar el control de los flujos migratorios. En este trabajo, tras un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, desarrollo por qué tal conclusión no es sostenible no sólo por incompatible con los principios limitadores del Derecho penal y con el respeto a la coherencia interna de nuestro Ordenamiento jurídico, sino porque además impediría cumplir con la exigencia de que el refuerzo por el Derecho penal de la política migratoria de nuestro país no contribuya a que se cree, exacerbe ni aumente “involuntariamente” la vulnerabilidad de los migrantes.

PALABRAS CLAVE: migrantes, derechos humanos, personas vulnerabilizadas, tráfico ilícito de migrantes, migración irregular.

TITLE: **Interpretative proposal of article 318 bis CP in light of the latest rulings of the Supreme Court and the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration of December 19, 2018**

ABSTRACT: The current wording of article 318 bis CP has led to part of the doctrine and even the Supreme Court in some of its resolutions already concluding as indisputable that what is sanctioned in it is nothing more than intentional help, with and without intention of profit, to the violation by immigrants from outside the European Union, of the legal regulations governing their entry, transit and stay in Spanish territory, with the aim of reinforcing the control of migratory flows. In this paper, after an exhaustive analysis of the jurisprudence of the Supreme Court in recent years, I develop why such a conclusion is not sustainable, not only because it is incompatible with the limiting principles of Criminal law and with respect for the internal coherence of our legal system, but also because it would prevent compliance with the requirement that the reinforcement by Criminal law of our country's migration policy does not contribute to creating, exacerbating or “inadvertently” increasing the vulnerability of migrants.

KEYWORDS: migrants, human rights, vulnerable people, smuggling of migrants, irregular migration.

Fecha de recepción: 15 mayo 2023

Fecha de publicación en RECPC: 2 agosto 2023

Contacto: prgaralv@upo.es

SUMARIO: I. Introducción. II. Análisis del tenor literal del artículo 318 bis, apartados 1, 2, 3 y 6. 1. Artículo 318 bis.1: tipo básico, excusa absolutoria y tipos cualificados. 2. Artículo 318 bis.2. 3. Artículo 318 bis.6: Tipo privilegiado. III. Ubicación sistemática y determinación del bien jurídico hasta su reforma en 2015. IV. El bien jurídico tras la reforma de 2015 y casi diez años de aplicación jurisprudencial. V. Propuesta de reinterpretación del artículo 318 bis CP. Bibliografía.

* Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (SEJ678) y del Proyecto de Investigación PID2020-117403RB-100 sobre «Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos».

I. Introducción

El pasado 11 de enero de 2023 ha hecho veintitrés años de la incorporación a nuestro Código penal del delito contenido en el artículo 318 bis por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (a partir de ahora LO 4/2000), tiempo durante el cual ha sido objeto de sucesivas reformas. La primera, introducida 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), afectó al ochenta por ciento de su tenor literal¹; la segunda, introducida por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre (para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas) afectó únicamente a su apartado primero; la tercera, introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), suprimió el que era en aquel momento su apartado 2², reenumeró los apartados 3, 4, 5 y 6, y otorgó un nuevo contenido a los que pasaron a ser sus apartados 2 y 4; y la última, por la Ley Orgánica 1/2015,

¹ Reforma que, según se indicaba en la Exposición de Motivos de dicha LO, tenía por finalidad combatir el tráfico ilegal de personas por impedir éste “la integración de los extranjeros en el país de destino”.

² Ya que la finalidad de explotación sexual que se exigía para que se diera la conducta tipificada en él hacía que se tratara, siguiendo la distinción que en esta materia han efectuado la Naciones Unidas en los dos Protocolos Adicionales a la Convención de las Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional del año 2000, más bien, de una conducta de trata de personas. Por ello, esta LO no sólo derogaría el contenido del apartado 2 del artículo 318 bis CP sino que también crearía el Título VII bis, relativo a la trata de seres humanos, en cuyo artículo 177 bis pasó a ubicarse coherentemente ya se realice esta conducta con finalidad de explotación sexual, laboral o para la extracción de los órganos. Podemos diferenciar muy brevemente las conductas constitutivas del tráfico de personas y las conductas de trata resaltando que, mientras las primeras aluden a un cruce clandestino de fronteras, las segundas no exigen tal traspaso de las mismas, pero han de llevarse a cabo con la finalidad de explotar a las personas objeto de la misma. Además, mientras que los sujetos pasivos de las primeras han de ser extranjeros, los de las segundas pueden ser tanto extranjeros como nacionales. Para más detalles sobre la diferenciación entre tráfico ilegal de inmigrantes y la trata de seres humanos, pueden verse, entre otros, LÓPEZ PEREGRÍN, 2018, pp. 63 y ss.; MAYORDOMO RODRIGO, 2011, pp. 327 y ss.; PÉREZ ALONSO, 2008, pp. 154 y ss.; PÉREZ CEPEDA, 2004, pp. 23 y ss.; o, más recientemente, VALLE MARISCAL DE GANTE, 2022, pp. 411 y ss. Ahora bien, DE LA MATA BARRANCO (quien valora positivamente esta distinción y resalta que con ello se cumplen las reglas de la Unión, en 2017) advierte que, si bien la regulación del delito de tráfico ilegal de personas formalmente parece claramente desprendida de la del delito de trata, en su consideración materialmente no lo está (para más información, DE LA MATA BARRANCO, 2021, p. 28).

de 30 de marzo (por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), que es la que le otorga el tenor vigente³.

Todas estas reformas no han sido más que la evidencia, como puso de manifiesto PÉREZ ALONSO ya en 2009, de que estábamos “ante una normativa técnicamente defectuosa”⁴. De hecho, a pesar de todas las reformas sufridas, este delito sigue manteniendo a día de hoy —tal y como veremos evidencian doctrina y jurisprudencia— alguna de las cuestiones controvertidas presentes desde su redacción inicial. Me estoy refiriendo, concretamente, a la determinación del bien jurídico que se protege o que se *debería* proteger en este delito, interrogante vinculado a otra cuestión, en mi opinión, clave: la determinación de los requisitos que debería reunir la conducta sancionada en el artículo 318 bis CP para que sea legítima la intervención del Derecho penal en este ámbito. En el presente trabajo, tras analizar las conductas incriminadas en el artículo 318 bis CP, trataré de dar respuesta a ambas cuestiones teniendo en consideración cuál ha sido el criterio seguido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo a la hora de apreciar este delito tanto antes como, muy especialmente, ahora que han transcurrido casi diez años desde la aprobación del que es en estos momentos su tenor literal.

El artículo 318 bis CP, conforme a su tenor literal vigente, al que me remito, está estructurado en un total de seis apartados: el primero contiene una conducta típica básica, una excusa absolutoria y un tipo cualificado; el apartado segundo, otra conducta típica; su apartado tercero recoge un par de cualificaciones aplicables únicamente a las conductas del apartado primero; el cuarto prevé otro tipo cualificado aplicable en esta ocasión a las conductas típicas de los dos apartados anteriores⁵; el

³ Introduciendo además numerosos cambios en el mismo respecto al que era su tenor literal anterior, según se indica en la Exposición de Motivos de dicha LO, 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/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima 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 física del inmigrante.

⁴ PÉREZ ALONSO, 2009, p. 443. Deficiente técnica legislativa atribuida por HORTAL IBARRA a la premura por incriminar los comportamientos que giran en torno al fenómeno del tráfico ilegal de personas y al debate en relación a la inmigración irregular que se produjo durante la tramitación de la LO 4/2000 (2007, p. 469).

⁵ Concretamente sanciona con las penas previstas en el apartado anterior (es decir, pena de prisión de cuatro a ocho años), más la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen los hechos “prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público”. En esta ocasión nos encontramos ante un tipo cualificado en virtud de la especial cualidad del sujeto activo por el mayor desvalor del injusto que supone la vulneración de los deberes que le incumben si bien es necesario quede acreditado que dichos sujetos han actuado “prevaliéndose” de tal circunstancia. La apreciación de este tipo cualificado elimina, evidentemente, la posibilidad de la apreciación de la agravación contenida en el artículo 22.7.^a CP, no siendo, en cualquier caso, superflua la previsión expresa de este tipo cualificado ya que conlleva la aplicación de una pena más grave que la que supondría tener en cuenta únicamente la mera agravante, además de que en el apartado cuarto del art. 318 bis CP, se añade, a la pena de prisión agravada, la de inhabilitación absoluta.

apartado quinto contempla expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas⁶; y, por último, en el apartado sexto nos encontramos con un tipo privilegiado en atención a la gravedad del hecho y sus circunstancias, así como a las condiciones del culpable y la finalidad por este perseguida. Teniendo en cuenta el objeto de interés en este trabajo, voy a centrarme en las conductas típicas previstas en sus dos primeros apartados, en los tipos cualificados del apartado tercero y en el tipo privilegiado contenido en el apartado sexto.

Veámoslos a continuación con un poco más de detalle.

II. Análisis del tenor literal del artículo 318.bis, apartados 1, 2, 3 y 6 CP

1. *Artículo 318 bis.1 CP: tipo básico, excusa absolutoria y tipos cualificados*

a) *Tipo básico*

En el tipo básico previsto en este apartado el legislador eleva a conducta típica el hecho de “ayudar” —si bien intencionadamente— a *entrar* en España o a *transitar* por nuestro país a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, siempre, eso sí, que tal conducta de ayuda se lleve a cabo “de un modo que vulnere la legislación sobre la entrada o tránsito de extranjeros”, expresión esta última que nos permite sostener que nos encontramos ante una norma penal en blanco. Pero vayamos por partes.

Para empezar, el verbo empleado por el legislador para señalar la conducta típica es “ayudar”, conducta por la que —conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española—⁷ hemos de entender “prestar cooperación”, o “poner los medios para el logro de alguna cosa”. Y a lo que ha de ayudarse a “esa persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea” —cuestión esta a la que me referiré más adelante— es, específicamente, a *entrar* en España⁸ o a *transitar* por

⁶ En virtud del cual, si el culpable tuviera el carácter de persona jurídica en los términos del vigente artículo 31 bis CP, esta será sancionada con la pena de multa de dos a cinco años o con la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante con la conducta típica fuera más elevada, pena a la que se le podrán añadir las previstas en los apartados b) a g) del artículo 33.7 CP (es decir, disolución, suspensión de sus actividades, clausura de sus locales y establecimientos, prohibición de actividades o inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas).

⁷ <https://dle.rae.es/ayudar> (última consulta 16 de enero de 2023).

⁸ El precepto usa en este párrafo la expresión “territorio español” que está formado por:

-En el ámbito terrestre, por el terreno (junto con las aguas interiores) de la Península Ibérica, además de las Islas Baleares, de las Islas Canarias, las ciudades de Ceuta y Melilla y otros territorios en los que España tiene soberanía en el norte de África.

-Los edificios de las sedes diplomáticas y consulares de países extranjeros.

-El mar territorial, o zona adyacente a las costas (refiriéndonos a las aguas, al lecho y al subsuelo), sobre la que tenga soberanía el Estado.

-El espacio aéreo que se sitúa sobre el territorio español y el mar territorial.

-Las naves o aeronaves de pabellón español.

(<https://www.iberley.es/temas/ambito-espacial-ley-penal-47891>)

ella. Resultará impune, por tanto, la ayuda que pueda prestársele a dicha persona a los efectos de salir del territorio de nuestro país.

En mi opinión, y con independencia de otros aspectos cuestionables que, como veremos, presenta la redacción de este precepto, no tiene sentido alguno que se castigue la ayuda al mero *tránsito* por España de esa persona no nacional de un Estado de la Unión Europea, por mucho que se haga al margen de la normativa sobre la entrada y tránsito de extranjeros. Desde mi punto de vista, hay dos argumentos que permiten apoyar esta crítica.

En primer lugar, que la conducta de tráfico de inmigrantes —a diferencia de lo que ocurre cuando se alude a la trata de personas— se caracteriza en el ámbito internacional por su carácter transnacional, haciéndose referencia siempre, por tanto, al hecho de que la víctima ha de cruzar las fronteras nacionales⁹. Y en segundo lugar, porque si acudimos a la normativa administrativa sobre esta materia, es decir, a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, podemos comprobar cómo su artículo 54.2.b), que prevé como infracción muy grave el que “en los transportes de extranjeros, por vía aérea, marítima o terrestre, no se compruebe la vigencia y validez de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, así como, en su caso, el visado”, restringe tales exigencias a los transportes *hacia* el territorio español y a los *encargados* de tales transportes, que entiendo tendrán que ser de carácter público. Por tanto, si esta infracción administrativa queda restringida a tales extremos, no parece procedente que se pueda exigir responsabilidad penal por conductas de menor entidad, al no conllevar el cruce de las fronteras españolas, a personas que carecen de ese carácter de responsables en materia de transportes. Por ejemplo, a un particular que llevara a un extranjero —sabiendo que entró o se encuentra ilegalmente en España— gratuitamente en autostop de un lugar a otro dentro de la geografía española.

Entiendo que, muy probablemente, la razón por la que el legislador español tipifica esta conducta de ayuda al mero tránsito de los extranjeros en situación irregular obedece a una confusión entre el fenómeno del tráfico ilegal de extranjeros y el mero favorecimiento de la inmigración irregular, confusionismo sobre el que volveré a incidir *infra*.

Pasando a otra cuestión, como ya he apuntado, esta norma está configurada como una norma penal en blanco ya que, para que la conducta de “ayuda” a la que he estado refiriéndome sea típica, esta habrá de realizarse “de modo que vulnere la legislación

⁹ A tales efectos pueden leerse de forma conjunta, los artículos 2 y 3 del Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (ratificado en BOE de 10 de diciembre de 2003), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York, el 15 de noviembre de 2000. En su Artículo 2 (relativo a la Finalidad) establece que el propósito de este Protocolo es prevenir y combatir el *tráfico ilícito de migrantes*; expresión por la que el Artículo 3 (sobre Definiciones) entiende: “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente ...”. Sobre el carácter transnacional de esta conducta, cfr. entre otros muchos, MAYORDOMO RODRIGO, 2011, p. 328.

sobre la entrada o tránsito de extranjeros”; es decir, infringiendo la LO 4/2000, que establece en su Capítulo I los requisitos para la entrada y salida del territorio español y a cuyo articulado a estos efectos me remito¹⁰. Como el precepto no exige que el sujeto activo consiga efectivamente que la persona a la que le presta la ayuda típica consiga efectivamente “entrar” en el territorio español o “transitar” por él, puede concluirse que este precepto está configurado como un delito de mera actividad.

Por lo que se refiere a las personas a las que ha de prestarse la ayuda típica analizada, y que constituyen — como puntualiza nuestro legislador — el “objeto” material de este delito¹¹, no ha de tratarse de “extranjeros” sin más sino, concretamente, de extranjeros que *no sean nacionales de algún país de la Unión Europea*, lo que resulta coherente¹² con el hecho de que los nacionales miembros de la Unión Europea pueden desplazarse — en virtud del principio de libre circulación de personas —¹³ por todo el territorio de la Unión Europea sin sujetarse a las exigencias y requisitos establecidos para los nacionales de otros países^{14/15}.

Por último, la conducta de ayuda referida ha de realizarse, como indicaba, de manera “intencionada”. El empleo de esta expresión no es, en mi opinión, una cuestión baladí¹⁶, ya que con este especial elemento subjetivo del injusto se pone de manifiesto

¹⁰ Ahora bien, hay quien, como POMARES CINTAS, advierte de que esta expresión implica que el extranjero ha de cometer un ilícito administrativo relativo a la entrada o circulación según la legislación de extranjería vigente, y advierte que, debido a la falta de coherencia del Ordenamiento interno español, existe un grave obstáculo. Desde su punto de vista, hubiera sido esencial en la configuración de la conducta típica 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”, infracción que fue derogada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre (Cfr. POMARES CINTAS, 2015, p. 15).

¹¹ Cfr. el tipo cualificado de la letra b) del apartado tercero de este artículo.

¹² Aunque la expresión empleada por el legislador tal vez no sea la más adecuada ya que, como advierte POMARES CINTAS, puede plantear problemas con los nacionales que pertenecen al Espacio Económico Europeo y con los apátridas (Cfr. POMARES CINTAS, 2015, p. 14).

¹³ Tras la supresión gradual de las fronteras interiores conforme a los Acuerdos de Schengen, se adoptó la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Sin embargo, es cierto que, a pesar de la importancia que reviste este derecho, persisten obstáculos notables a la aplicación de la Directiva. Cfr. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas> (última consulta 16 de enero de 2023).

¹⁴ A este respecto puede consultarse el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Real Decreto mediante el cual se incorpora al Derecho español la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. Concretamente, el art. 4 del RD 240/2007 citado establece en su primer apartado que “La entrada en territorio español del ciudadano de la Unión se efectuará con el pasaporte o documento de identidad válido y en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular”.

¹⁵ Además, habrá de tratarse de extranjeros no comunitarios que no tengan la cualidad de trabajador, ya que si tuvieran esta cualidad los preceptos aplicables serían otros, ya que los artículos 312.1 y 313 CP son más específicos y están castigados con unas penas más elevadas que las previstas en el artículo 318 bis CP.

¹⁶ A diferencia de lo que consideraba el Consejo General del Poder Judicial en su Informe de 16 de enero

que el sujeto activo ha de conocer la situación irregular del extranjero y perseguir la finalidad de que este entre o transite por España en situación irregular, lo que exige la constatación no sólo de dolo sino, específicamente, de dolo directo de primer grado.

Evidentemente, el desconocimiento de cualquiera de los elementos del tipo objetivo determinará la apreciación de un error de tipo —sea vencible o invencible— y, con él, la imposibilidad de exigir responsabilidad penal al no estar previsto expresamente su castigo a título de imprudencia.

b) *La excusa absolutoria*

El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 318 bis CP dispone que los hechos no serán punibles “cuando el objetivo perseguido por el sujeto activo fuera *únicamente*¹⁷ prestar ayuda humanitaria a la persona de la que se trate”. Desde mi punto de vista, esta excusa absolutoria requiere de un par de reflexiones.

En primer lugar, sobre qué es lo que ha de entenderse, para empezar, por el propio término de “ayuda humanitaria”. Si buscamos en la web páginas específicas sobre esta materia podemos encontrar que se define, por ejemplo, como la “asistencia diseñada para salvar vidas, aliviar el sufrimiento y mantener y proteger la dignidad humana, en prevención o en situaciones de emergencia y/o rehabilitación”¹⁸; o, en términos un tanto similares, como la “asistencia que está diseñada para salvar vidas, mantener y proteger la dignidad humana, además de aliviar su sufrimiento”¹⁹. De ambas definiciones podría concluirse que la ayuda humanitaria cubriría cualquier tipo de ayuda que se preste a una persona que se encuentre en una situación de necesidad, siempre y cuando ésta sea prestada, eso sí, de una forma digamos institucionalizada (“asistencia diseñada para”). Desde este punto de vista, quedaría fuera de esta excusa absolutoria toda ayuda a un extranjero no comunitario para entrar o transitar por España fuera de los cauces legales, que le sea prestada de manera individual y aislada (digamos a “título particular”), aunque la misma tenga por objetivo exclusivo aliviar el sufrimiento de esa persona²⁰; conclusión esta que no me parece de recibo. Desde luego, son numerosos los autores que han puesto ya de manifiesto crí-

de 2013 al que fuera el Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Y es que en tal informe se indica que no hubiera hecho falta el empleo de la misma al no estar contemplada la comisión de este delito a título de imprudencia, entendiéndose también que el empleo de este adverbio no iba a impedir la posibilidad de que este delito pudiera ser cometido a título de dolo eventual (Inf. CGPJ, 2013, p. 225). Apunte este último que, como indico en texto, no comparto.

¹⁷ Cursivas añadidas.

¹⁸ <http://realidadayuda.org/glossary/ayuda-humanitaria#:~:text=Definici%C3%B3n,de%20emergencia%20y%20Fo%20rehabilitaci%C3%B3n> (última consulta, 8 de enero de 2023).

¹⁹ Cfr. Acción contra el hambre en <https://www.accioncontraelhambre.org/es/ayuda-humanitaria-esp%C3%B1a> (última consulta 8 de enero de 2023).

²⁰ En este mismo sentido crítico POMARES CINTAS entiende que el empleo de esta expresión supone aceptar explícitamente que la ayuda altruista o la hospitalidad están prohibidas penalmente (2015, p. 15).

ticamente que, si hubiera que atender al concepto internacional de ayuda humanitaria, éste es muy restrictivo y conllevaría que sólo pudiera eximirse de responsabilidad penal si la ayuda fuera prestada conforme a los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, con exclusión de la colaboración, por ejemplo, entre familiares o amigos²¹.

En mi opinión, y con independencia de que el legislador debería precisar qué es lo que entiende por ayuda humanitaria en este precepto, la extensión que se esté dispuesto a otorgar a esta excusa absolutoria es una cuestión que se encuentra íntimamente vinculada a la reflexión que necesita este delito en cuanto a la determinación del bien jurídico que en él se protege y, más exactamente, a cuál es el que se *debería* exigir que se afecte con la conducta típica; no sólo para que lo que en este precepto se castigue sea realmente coherente con la rúbrica del Título XV bis (bajo el cual se ubica) sino también para que se respeten los principios limitadores que deben presidir la intervención de un Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Cuestión ésta a la que me referiré más extensamente en un epígrafe independiente *infra*.

Además, y en segundo término, me planteo si el empleo del adverbio “únicamente” implicaría que, caso de que la conducta fuera realizada con algún otro motivo añadido al de prestar ayuda humanitaria en los términos expuestos, impediría la apreciación de esta excusa absolutoria²². Pues bien, entiendo que este interrogante debería ser resuelto teniendo en consideración que el artículo 1.2 de la Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 (destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares), que es el que recoge la posibilidad de que los Estados miembros decidan no imponer sanciones a la conducta anteriormente referida si el objetivo de la misma es prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate, no incluye dicho adverbio. Por tanto, entiendo suficiente con que el móvil de prestar ayuda humanitaria esté presente en el caso concreto, pero sin necesidad de que sea el único objetivo perseguido por el sujeto activo del delito.

c) *Tipo cualificado del artículo 318 bis, párrafo tercero, CP: el ánimo de lucro*

Si la pena con la que el legislador castiga la conducta prevista en el tipo básico es la de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año, esta habrá de ser aplicada en su mitad superior si los hechos se hubieran cometido “con ánimo de lucro”. Sin embargo, en mi opinión, el ánimo de lucro no debería estar previsto en esta

²¹ En este sentido pueden verse, entre otros, MUÑOZ RUIZ, 2016, p. 24; ESCOBAR VEAS, quien en esta tesis propone redactar esta causa de exclusión en términos de un estado de necesidad amplio (2019, pp. 10 y 14); o CABEZAS VICENTE, 2021, p. 58.

²² Por ejemplo, realizar la conducta prohibida por ayuda humanitaria y para luchar al mismo tiempo contra la política migratoria del Estado por no compartirla.

materia como un factor de agravación de la pena, sino que el legislador debería haberlo exigido como requisito para que la conducta de “ayuda”, prevista en el tipo básico, merezca ser sancionada penalmente. Y la razón para ello es, nuevamente, doble.

En primer lugar, ya el propio Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, establecía en su art. 27.1 el compromiso de las partes contratantes para establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, “*con fines lucrativos*”²³, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando su legislación”. Además, si acudimos al Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional) constataremos que el tráfico ilícito de migrantes que se trata de prevenir y combatir es exclusivamente el que se realice con “*el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material*”.

También puede comprobarse cómo el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018), en su objetivo 9 (Reforzar la respuesta transnacional al tráfico ilícito de migrantes) asume el compromiso de intensificar los esfuerzos conjuntos por prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes reforzando la capacidad y aumentando la cooperación internacional para prevenir, investigar, enjuiciar y castigar el tráfico ilícito de migrantes con miras a poner fin a la impunidad de las redes de traficantes. Para conseguirlo se propone, también, entre otras medidas: “Adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito el tráfico ilícito de migrantes cuando sea intencionado y tenga por fin *reportar, directa o indirectamente, beneficios económicos u otros beneficios materiales al traficante*”²⁴, y castigar con penas más graves el tráfico ilícito de migrantes en circunstancias agravantes, de conformidad con el derecho internacional”. Por lo que no debería perderse de vista que, para la instancia internacional que promueve la intervención del Derecho penal en esta materia, el móvil lucrativo juega un papel decisivo.

Pero es que, además, si recurrimos nuevamente al artículo 54.1.b) de la LO 4/2000, comprobaremos también que cuando en el ámbito administrativo se eleva a infracción muy grave “inducir, promover, favorecer o facilitar” individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, es con el requisito de que tales conductas se realicen con “ánimo de lucro”. Luego, desde el carácter subsidiario del Derecho penal, si en el ámbito administrativo sancionador se castiga una conducta siempre y cuando la misma sea llevada a cabo con ánimo de

²³ Cursivas añadidas.

²⁴ Cursivas añadidas.

lucro, no tiene sentido que en el ámbito del Derecho penal la misma conducta²⁵ sea relevante sin necesidad de que concurra tal exigencia²⁶.

La explicación de por qué el legislador español no ha tenido en consideración el ánimo de lucro como elemento constitutivo del tipo básico del artículo 318 bis CP radica en que, al igual que la mayor parte de los legisladores europeos, confunde como ya he mencionado el específico delito de tráfico de migrantes con el ilícito de favorecimiento de la inmigración²⁷. Sin duda alguna, el delito de tráfico de migrantes constituye uno de los crímenes más graves a nivel internacional; sin embargo, el favorecimiento de la inmigración irregular no posee regulación a nivel internacional, siendo una creación de matriz europea, en particular de la Directiva 2002/90 del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Esta Directiva, efectivamente, insta a los Estados miembros a que adopten las sanciones adecuadas “contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros”, sin exigir, como vemos, la concurrencia de ánimo de lucro²⁸.

El que ambos fenómenos no son identificables es evidente: mientras que con el castigo del favorecimiento de la inmigración lo que se trata de proteger, en exclusiva, es la política migratoria del Estado, el desvalor de la conducta del traficante no se agota en la violación de la normativa nacional sobre control de los flujos migratorios sino que se funda, principalmente, en la explotación del migrante y en el aprovechamiento de su situación de vulnerabilización²⁹. El problema, como veremos, es que la política migratoria del Estado no constituye, probablemente, un bien jurídico legítimo a proteger por el Derecho penal, y, al ser esta objeto de protección por el Derecho administrativo, no puede terminar ocurriendo que lo que se eleva a la categoría de delito sea lo mismo que se sanciona por vía administrativa. Ambas cuestiones las analizaré de forma detallada al final de este trabajo.

²⁵ Ha de tenerse en cuenta que, aunque los verbos que se utilizan en la infracción administrativa son diferentes al que se emplea en la descripción de la conducta típica en el delito, el verbo “favorecer” no significa más que “ayudar”. Por lo que en ambas ramas del Ordenamiento jurídico se está castigando, en realidad, la misma conducta.

²⁶ De hecho, así lo ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Supremo en varias resoluciones dictadas en casos en los que se planteaba la apreciación de este delito. Y así pueden consultarse las SSTs 212/2012, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:1848) y 466/2012, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2012:4199), en las que precisamente se cuestiona puedan sancionarse penalmente conductas que no se estima deban ser castigadas siquiera administrativamente.

²⁷ Tal y como lo evidencia ESCOBAR VEAS, 2019, p. 4, entre otras.

²⁸ Aunque tiene razón IGLESIAS SKULJ cuando sostiene que: “La exigencia del ánimo de lucro también podía inferirse de la Directiva 2002/90/CE que no obligaba a sancionar la ayuda a la entrada o circulación ilegales, si no están presididas por fines lucrativos” (IGLESIAS SKULJ, 2015, p. 940).

²⁹ Cfr. en este sentido, ESCOBAR VEAS, 2019, p. 6.

d) *Tipos cualificados: artículo 318 bis.3 CP*

Según lo que dispone el apartado tercero del artículo 318 bis CP, los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con una pena de prisión más grave cuando estos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades (a); o si se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves (b). Veamos ambas cualificaciones por separado con un poco más de detenimiento.

d1. Artículo 318 bis.3, a) CP: la pertenencia a una organización.

Conforme a lo que se recoge en este tipo cualificado, los hechos previstos en el apartado primero de este precepto (es decir, la conducta intencionada de ayuda a una persona que no sea nacional de un Estado de Unión Europea, para entrar o transitar por España al margen de la normativa sobre la materia, ya sea con o sin ánimo de lucro) serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si se hubieran cometido en el seno de “una organización que se dedicare a la realización de tales actividades”. Es más, el segundo párrafo de este apartado dispone que la pena anterior será aplicada en su mitad superior, pudiendo elevarse hasta la inmediatamente superior en grado, cuando “se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones”.

Esta cualificación ha de valorarse positivamente ya que las redes que se dedican al tráfico ilícito de personas, normalmente mediante precio, constituyen uno de los mayores obstáculos en la lucha contra el fenómeno de la inmigración ilegal y las consecuencias que de ella derivan³⁰. Ahora bien, la técnica legislativa empleada por el legislador es también aquí un tanto deficiente porque, si bien en principio lo que agrava la pena es el hecho de cometer el delito en el seno de una “organización”, en la cualificación de segundo grado lo que agrava la pena es el que el culpable sea jefe, administrador o encargado de una “organización” o bien de una “asociación”. Por lo que habrá que clarificar si el legislador está refiriéndose a dos realidades diferentes o el empleo de ambos términos no tiene mayor trascendencia.

En mi opinión, si tenemos en cuenta que hasta su última reforma en 2015 esta cualificación³¹ disponía que la agravación de la pena procedía cuando el “culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se

³⁰ Puede consultarse a este respecto, la información facilitada (actualizada a 5 de enero de 2023) por el Consejo de Europa en el sitio web: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-policy/saving-lives-sea/> y comprobarse cómo, según datos de Europol e Interpol, más del 90% de los migrantes que trata de entrar de forma irregular en un país europeo ha pagado a traficantes. Para las redes delictivas se trata de un negocio extremadamente lucrativo, en el que el riesgo de ser descubierto es reducido. Así, se calcula que los ingresos generados en 2015 a escala mundial por el tráfico ilícito de migrantes oscilaron entre tres mil y seis mil millones de euros y que, en 2019, superaron los doscientos millones de euros en las rutas marítimas que conducen a la Unión Europea (última consulta 16 de enero de 2023).

³¹ En aquel momento recogida en el que era el apartado 4 de este artículo.

dedicase a la realización de tales actividades”, conforme a su actual redacción ésta sólo será apreciable caso de que el culpable pertenezca a una *organización* que, además, no podrá tener ya carácter meramente transitorio. Es decir, habrá de tratarse de una organización en el sentido que dispone el art. 570 bis CP cuando establece que: “A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”. Esto supone, para empezar, que para que pueda ser apreciado este tipo cualificado no va a ser suficiente el que el hecho sea cometido por varias personas a título de autor, sino que será necesario que quede acreditado que esa agrupación tiene carácter, cuanto menos, estable y que los miembros de la misma se reparten de forma consensuada tareas con el fin de delinquir³². Consecuentemente, para poder apreciar la cualificación de segundo grado el sujeto activo podrá ser jefe, administrador o encargado de una *organización*, o también si es el caso, de una *asociación*, pero siempre y cuando esta última reúna los mismos requisitos que se exigen para poder apreciar una organización criminal conforme al tenor del artículo 570 bis CP.

d2. Artículo 318 bis.3, b) CP: la puesta en peligro de la vida o la creación de un peligro de lesiones graves.

En este tipo cualificado el legislador eleva nuevamente la pena con la que se castigan los hechos castigados en el apartado primero del artículo 318 bis CP a pena de prisión de cuatro a ocho años, cuando con ellos se “hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves”.

En esta ocasión, el legislador incrementa la pena por el mayor desvalor de resultado de los hechos, atendiendo a la puesta en peligro de los bienes jurídicos vida o salud e integridad física de las personas a las que se ayuda a entrar o transitar por España al margen de la normativa sobre la materia. Es más, restringe la aplicación del tipo agravado en relación al segundo de los bienes jurídicos indicados a los casos de mayor gravedad.

En mi opinión, estamos ante un delito de peligro concreto, por lo que la apreciación de este tipo cualificado requiere que se constate la puesta en peligro efectiva de la vida de alguno de los extranjeros objeto de la conducta típica o la existencia de un riesgo real de que se le causen lesiones graves. Ahora bien, es cierto que algunas de las sentencias de nuestro Tribunal Supremo que caracterizan este tipo cualificado como un delito de peligro concreto³³, lo aprecian con constatar la peligrosidad en

³² En este mismo sentido puede consultarse el FD Cuarto de la STS 400/2018, de 12 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3160).

³³ Aunque la postura de nuestro Tribunal Supremo sobre el carácter del peligro para estos bienes jurídicos no es uniforme, hay sentencias, como, por ejemplo, la STS 388/2018, de 25 de julio (ECLI:ES:TS:2018:3056),

abstracto de la conducta para los bienes jurídicos, valorando exclusivamente la acción del traficante conforme a las reglas de la experiencia, cuando la puesta en peligro concreta del bien jurídico no puede concluirse de manera automática valorando exclusivamente la acción³⁴.

Los casos en los que esa puesta en peligro concreto de la vida o de la salud e integridad física se materialice en la causación de un resultado mortal o en alguna lesión grave, habrán de resolverse según el peligro sólo existiera respecto al extranjero finalmente afectado en su vida o salud; o bien se hubiera puesto en peligro concreto la vida o la salud de un conjunto de extranjeros no nacionales de la Unión Europea resultando afectada únicamente la vida o la integridad física de alguno de ellos. En el primero de los supuestos indicados habrá de apreciarse un concurso ideal de delitos entre el tipo básico o cualificado (si media ánimo de lucro) del apartado primero del artículo 318 bis CP y el homicidio o las lesiones graves causadas, pero sin que se pueda apreciar esta cualificación del apartado tercero ya que el delito de resultado lesivo absorberá la puesta en peligro del bien jurídico afectado (quedando así resuelto el concurso de leyes que tiene lugar en este caso conforme a la regla de la consunción). Sin embargo, en el segundo supuesto habrá de apreciarse un concurso de delitos entre el tipo cualificado del tercer apartado del artículo 318 bis CP, con el que se valorará el peligro creado, y las figuras penales que castiguen los resultados lesivos o mortales sufridos por parte de las personas cuya vida o salud e integridad física fueron puestas en peligro³⁵.

2. *Artículo 318 bis.2 CP*

Pasando al segundo apartado del artículo 318 bis CP, nos encontramos con que en él se castiga con la misma pena prevista para el tipo básico en el apartado anterior al 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 España vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros³⁶”.

Como podemos comprobar, esta conducta de *ayuda* a la *permanencia* de un extranjero ha de prestarse —al igual que ocurre con la conducta prevista en el primer

que sostienen que la caracterización de este tipo cualificado como delito de peligro concreto es más conforme con los principios que han de informar el sistema penal (FD Tercero). En este mismo sentido entienden que esta cualificación contiene un delito de peligro concreto, por ejemplo, el ATS 1063/2022, de 24 de noviembre (FD Segundo) (ECLI:ES:TS:2022:17989A) o el ATS, 197/2023, de 23 de febrero (FD Primero) (ECLI:ES:TS:2023:2273A).

³⁴ En este sentido, cfr. DE LA FUENTE CARDONA, 2022, p. 369.

³⁵ Tal y como se hace, por ejemplo, en la STS 637/2021, de 15 de julio (ECLI:ES:TS:2021:2953), en la que se juzga y condena a dos personas como autores de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y como autores de trece delitos de homicidio imprudente en relación de concurso ideal, ya que de las cincuenta y cinco personas que transportaron desde Marruecos a Almería, trece fallecieron o ahogados o por hipotermia.

³⁶ Cursivas añadidas.

apartado de este artículo— intencionadamente, especial elemento subjetivo del injusto que pone de manifiesto que el sujeto activo ha de conocer la situación irregular del extranjero y perseguir la finalidad de que este permanezca en España en dicha situación. Además, para que esta conducta de ayuda intencional a la permanencia en España de un extranjero no comunitario de manera irregular sea típica, esta habrá de realizarse con “ánimo de lucro”, exigencia que, en mi opinión, ha de valorarse positivamente³⁷. Ahora bien, considero que lo cuestionable en esta ocasión es que se sancione penalmente el mero hecho de “ayudar” a un extranjero no nacional de un Estado de la Unión Europea a “permanecer” en España al margen de la normativa en la materia; es decir, no sé si, por mucho que se exija el ánimo de lucro, estamos realmente ante una conducta que deba dar lugar a la exigencia de responsabilidad penal porque, ¿qué realidad es la que pretende criminalizar el legislador aquí? ¿Alquilar viviendas a extranjeros en situación irregular? Y, ¿puede esta conducta sugerida entenderse realmente como merecedora de pena en un Derecho penal que ha de regirse por un principio de intervención mínima?

La STS 1304/2005, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6270), aunque referida a la redacción que tenía el artículo 318 bis CP antes de la reforma de 2015, discrepaba de que pudiera sancionarse penalmente por este delito a quien se limitase a prestar alojamiento a extranjeros en situación irregular de manera aislada, entendiendo que “Una interpretación lógica y sistemática del precepto nos lleva a considerar que el hecho típico no es el acogimiento aislado de las actividades del tráfico sino la colaboración activa con el paso ilegal de personas extranjeras” (FD Segundo). Es más, partiendo de que esta regulación de la ayuda a la permanencia ilegal del extranjero desligada de la colaboración en su entrada o circulación ilegal desnaturaliza la base conceptual del tráfico ilegal de migrantes al prescindir del esencial carácter transfronterizo de la operación migratoria en la que se interviene, POMARES CINTAS concluye que esto supone que, en vez de castigar este delito el favorecimiento de la inmigración ilegal, estará castigando el mero favorecimiento del extranjero-migrante, con lo que se estaría coartando la libertad de obrar de los ciudadanos hasta límites insoportables para un Estado social y democrático de Derecho³⁸; reflexión que considero totalmente acertada.

La incorporación de esta conducta como delito a nuestro Código penal responde ciertamente a que la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002 (destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares), instaba también a los Estados miembros a que sancionaran a “cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de

³⁷ Por dos razones: una, porque así será acorde con la normativa internacional que promovió la incorporación de este delito en el Código penal, y porque así se evita que se castigue penalmente una conducta menos gravosa que la prevista como infracción administrativa.

³⁸ POMARES CINTAS, 2015, p. 17. Con ella coincide también, CABEZAS VICENTE, 2021, p. 58.

un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros”. El problema radica en que lo que ha llevado a cabo el legislador español es una reproducción literal del art. 1.1 b) de la Directiva 2002/90/CE, no una trasposición de la normativa comunitaria que tendría que haber atendido, entre otras reglas básicas, a la coherencia del Ordenamiento jurídico interno³⁹. Y es que si acudimos a la LO 4/2000 podemos comprobar cómo en ella se prevén como infracciones administrativas dos grupos de conductas relacionadas con la que se tipifica en este segundo apartado del artículo 318 bis CP.

En primer lugar, el artículo 53.2.c) de la LO 4/2000 califica como infracción grave “Promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización”⁴⁰. Y en segundo término, el artículo 54.1.b) de la misma Ley considera infracción muy grave “Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su *permanencia* en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito”⁴¹.

Si nos centramos en la infracción grave del artículo 53.2.c) podemos constatar cómo la conducta que se eleva a infracción administrativa, a diferencia de lo que ocurre en el delito, no exige la concurrencia del ánimo de lucro, pero es bastante más restrictiva en lo que se refiere a los posibles sujetos activos ya que sólo podrá cometer esta infracción aquella persona que promueva la permanencia irregular de un extranjero en España si previamente fue esa misma persona la que invitó a ese extranjero a entrar en España de forma legal y el extranjero continúa a su cargo. No hay nada, sin embargo, que permita diferenciar la infracción administrativa muy grave del artículo 54.1.b) de la conducta que se eleva a delito en el artículo 318 bis.2 CP, basta también en ella con que se “induzca, promueva, favorezca o facilite” con ánimo de lucro la permanencia en territorio español del extranjero. En consecuencia, nos encontramos con que se ha elevado a delito una conducta que es discutible que merezca la intervención del Derecho penal y que, además, se encuentra ya prevista como infracción administrativa.

³⁹ Como también lo ha advertido ya POMARES CINTAS, quien señala que la tarea de transposición de las Directivas “ha de satisfacer principios básicos, como el de “ultima ratio” de la intervención penal (...), el mandato de taxatividad, o el principio de proporcionalidad de las penas”, atendiendo también a la coherencia interna de la legislación del Estado miembro tal y como fue reconocido por el Parlamento Europeo en su Resolución de 22 de mayo de 2012 (POMARES CINTAS, 2015, p. 10).

⁴⁰ Artículo que indica a continuación que: “Para graduar la sanción se tendrán en cuenta las circunstancias personales y familiares concurrentes”.

⁴¹ Cursiva añadida.

3. *Artículo 318 bis.6: Tipo privilegiado*

El artículo 318 bis CP, en su redacción vigente, termina en su apartado sexto con un tipo privilegiado en virtud del cual se les ofrece a los tribunales la posibilidad de aplicar la pena inferior en grado a la inicialmente prevista atendiendo a la “gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste”.

Este tipo privilegiado no figuraba en la redacción inicial de este precepto, sino que fue introducido por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, manteniendo la misma redacción desde entonces. La atenuación de la pena se introdujo, según señalaba el Consejo General del Poder Judicial en su Informe⁴² al texto de reforma que dicha Ley Orgánica conllevaba —y así fue materializado por la jurisprudencia en la práctica—⁴³ para aquellos casos en los que en las conductas de “promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina” (conforme a la redacción anterior a 2015 de este precepto) concurrieran razones familiares o humanitarias⁴⁴. Por tanto, en principio, la previsión de este tipo privilegiado debía valorarse positivamente, pero, desde mi punto de vista, el legislador de 2003 se quedó corto. Bastaba con que se hubiera tenido en consideración que la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, señala expresamente en su artículo 1.2 que los Estados miembros podían decidir que las conductas de ayuda a la entrada —así como al tránsito— en los países de la Unión al margen de los cauces legalmente establecidos, quedaran exentas de responsabilidad caso de constatarse que se realizaban por razones humanitarias⁴⁵. Nuestro legislador, sin embargo, no acogió tal posibilidad hasta la reforma experimentada por este precepto en el año 2015; ahora bien, lo hizo única y exclusivamente, como ya hemos visto, para las conductas de ayuda que conforman el tipo básico del primer apartado del artículo 318 bis CP. Por lo que entiendo

⁴² Inf. CGPJ, 2013, p. 225.

⁴³ Cfr. por ejemplo la sentencia de 8 de febrero de 2005 de la Audiencia Provincial de Cádiz (sin ECLI) en la que se condena a un extranjero de origen marroquí a una pena de cuatro años por intentar introducir en España de forma irregular a su hermano pequeño. Se apreció el tipo agravado del apartado 3 del artículo 318 bis CP —conforme a su redacción vigente en aquel momento— por ser el sujeto pasivo un menor de edad y por llevarse a cabo la conducta con peligro para su vida (iba dentro de una maleta con riesgo de asfixia), si bien después se terminó apreciando el tipo privilegiado del apartado 6 por el vínculo parental existente entre ambos.

⁴⁴ Aunque también hay alguna sentencia en la que se apreció este tipo privilegiado —previsto en el entonces apartado 5 de este precepto— sin atender a ninguno de los motivos señalados en texto. Es lo que ocurre, por ejemplo, en la STS 616/2012, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:2012:5093), en la que quedando probado que el acusado se dedicó a trasladar a Francia e Italia ciudadanos chinos que residían en situación irregular en España, cobrándoles por ello entre quinientos y mil euros, procedía a juicio de la Sala apreciar la atenuación del art. 318 bis 5 porque la gravedad de los hechos no era muy alta, ya que se trataba de viajes en un vehículo particular y a países de la Unión Europea.

⁴⁵ En este sentido se pronunciaría, de hecho, la STS 1077/2012, de 28 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:9147), que admitía expresamente que “cuando pueda excluirse de forma radical y absoluta todo daño, peligro o riesgo, incluso lejano, para el inmigrante, su salud, su protección laboral, su situación o su integración, quedará excluida la intervención del Derecho penal si quien ha colaborado con la entrada ilegal en España del extranjero ha actuado por móviles altruistas o solidarios y al margen de todo propósito egoísta”.

que este tipo privilegiado será de aplicación cuando la finalidad perseguida con la conducta de ayuda —ya sea para entrar, transitar o permanecer en nuestro país— sea distinta a la ayuda humanitaria pero pueda hacer adecuada, por razones preventivas, la rebaja de pena; pero también si dichas conductas de ayuda se prestan con finalidad humanitaria, aunque se realicen mediando ánimo de lucro. Es más, entiendo que, dada la redacción que recibe este tipo privilegiado y su ubicación sistemática, este podrá ser aplicable aunque los hechos se cometan en el seno de una organización que se dedique a este tipo de actividades (art. 318 bis.3.a CP) o incluso poniendo en peligro la vida de las personas objeto de la infracción o creando un peligro de causación a las mismas de lesiones graves (art. 318 bis.3.b CP)⁴⁶; eso sí, los marcos de pena resultantes darán lugar o no a penas de las denominadas «de no cumplimiento» en función de que la conducta realizada encaje en los dos primeros apartados del artículo 318 bis CP o, por el contrario, en su tercer apartado.

III. Ubicación sistemática y determinación del bien jurídico hasta su reforma en 2015

Como ya apunté en la introducción de este trabajo, la cuestión más controvertida que ha suscitado este delito desde su incorporación al Código penal es la determinación del bien jurídico que protege o, como también decía en aquel momento, el que se *debería* proteger con él. Me explico a continuación.

En el seno de esta disyuntiva de la determinación del bien jurídico protegido por el delito, como en cualquier otro caso, un pilar para su establecimiento suele ser el de su ubicación sistemática. Como sabemos, este delito constituye el artículo único del Título XV bis, rubricado “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, por lo que podría entenderse que lo que en él se protegen son precisamente los derechos de los extranjeros. De hecho, hasta su última reforma en el año 2015, las opiniones mantenidas por los autores sobre este interrogante podían reconducirse de forma sintética a tres posturas, estando una de ellas constituida por todos aquellos partidarios de entender que —precisamente dada su ubicación sistemática— lo que en él se protegía eran los derechos de los extranjeros.

⁴⁶ Se rechaza esta posibilidad en el ATS 1063/2022, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:17989A). Por su parte, el ATS (sin número) del 22 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:18577A) explica por qué a pesar de su redacción y ubicación sistemática el que en los tipos cualificados el fundamento de la agravación resida en “la gravedad del hecho”, harán que sea difícil su apreciación más allá de los casos comprendidos en el tipo básico. De una opinión similar, DE LA FUENTE CARDONA, 2022, pp. 378-379. Sin embargo, la STS 164/2023, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1259), reconoce (FD Segundo) que la concurrencia del subtipo agravado no excluye en todo caso la posibilidad de apreciar el tipo atenuado, si bien reserva tal posibilidad “a supuestos en los que exista un vínculo de parentesco entre el autor del delito y los pasajeros, sin que concurra otra intención que colaborar con estos a su petición o en su beneficio -vid. STS 768/2007-. O cuando quede fehacientemente acreditado que los acusados realizaron la actividad delictiva -pilotaje de la embarcación- como medio de pago de su propio transporte para lograr ellos mismos una inmigración irregular y siempre, además, que el riesgo de la travesía no fuera excesivamente alto -vid. STS 568/2005-”.

Posteriormente, a la hora de dotarles de contenido, unos entendían que este derecho era la dignidad⁴⁷ otros, la integridad moral⁴⁸ o el estatus social del extranjero⁴⁹; y, si bien algunos lo entendían como un bien jurídico de carácter individual⁵⁰, para otros se trataba de un bien que le correspondía a los extranjeros en cuanto colectivo⁵¹. Por otro lado, la redacción literal de este precepto, teniendo en cuenta que el legislador no exigía el ánimo de lucro ni ningún tipo de abuso en los medios comisivos como elemento constitutivo del delito tipo básico, llevaba a otro grupo de autores a sostener —aunque no se admitiera necesariamente su legitimidad⁵²— que lo que se protegía en este precepto no era más que el interés del Estado en controlar los flujos migratorios (empleando esos mismos términos u otros similares), bien jurídico este de carácter colectivo⁵³. Y, en tercer lugar, tendríamos a aquellos autores partidarios de entender que esta figura delictiva era de naturaleza pluriofensiva y que en ella se protegían tanto la política migratoria del Estado como los derechos de los migrantes⁵⁴.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, puede decirse que hasta la reforma de 2015 tampoco eran extrañas las sentencias en las que se entendía que el bien jurídico protegido en este delito eran los derechos de los

⁴⁷ Partidarios de entender que el bien jurídico lo constituía la dignidad del extranjero se mostraban, por ejemplo, GUARDIOLA LAGO, 2007, p. 149; MARTOS NÚÑEZ, 2009, p. 6; y PÉREZ CEPEDA, 2004, pp. XXVIII, 155 y 170 y ss. También parecía ser de esta opinión, VILLACAMPA ESTIARTE, 2008, p. 1235.

⁴⁸ Era el caso, por ejemplo, de DE LEÓN VILLALBA, 2003, pp. 250 y ss.

⁴⁹ Así, RODRÍGUEZ MESA, 2001, p. 58. Dentro de esta opción podrían incluirse también a SERRANO PIEDECASAS, quien consideraba que el bien jurídico en el Título XV bis era el derecho del extranjero a una plena y efectiva integración social, entendiendo que el tráfico de inmigrantes les privaba a los mismos de la posibilidad de integrarse normalmente en la sociedad española (SERRANO PIEDECASAS, 1999, pp. 362, 380 y 382 y ss.); y, al manifestarse en términos similares, a CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ, 2007, p. 2436.

⁵⁰ Era el caso, por ejemplo, de DE LEÓN VILLALBA, 2003, p. 251.

⁵¹ De esta opinión, entre otros, CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ, 2007, p. 2441; GUARDIOLA LAGO, 2007, p. 149; y RODRÍGUEZ MESA, 2001, pp. 59 y 60.

⁵² Cuestionada tradicionalmente, entre otros, por: DAUNIS RODRÍGUEZ, 2009, pp. 70 y ss.; DE LEÓN VILLALBA, 2003, p. 241; DÍAZ Y GARCÍA/OLAIZOLA, 2009, p. 494; GARCÍA SÁNCHEZ, 2005, p. 883; GUARDIOLA LAGO, 2007, p. 147; HORTAL IBARRA, quien además por la vinculación de lo realmente castigado en este precepto con el mantenimiento del orden socio económico propuso su reubicación en el título XIII CP (cfr. 2007, pp. 501-502, entre otras); MARTÍNEZ ESCAMILLA, que argumentaba lo siguiente: “la intervención penal para evitar las entradas irregulares no está legitimada porque no está constatado que un aumento de la inmigración irregular ponga en grave peligro nuestro sistema del bienestar y porque renunciar al Derecho penal en este ámbito no supone renunciar al control de la inmigración, ya que para ello está también el Derecho administrativo. Pero es que, además, los costes «axiológicos, humanos y económicos» que el recurso al Derecho penal conlleva en este ámbito, no compensan los escasos beneficios que con él podrían teóricamente conseguirse” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007, p. 118); LA MISMA, 2009, p. 12; PORTILLA/POMARES, 2010, pp. 364-365; y RODRÍGUEZ MESA, 2001, p. 56.

⁵³ Era el caso, entre otros, de ALONSO ÁLAMO, 2007, p. 16; ARROYO ZAPATERO, 2001, pp. 32 y ss.; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2009, p. 69; EL MISMO, 2017, p. 454; GARCÍA SÁNCHEZ, 2005, p. 122; LACRUZ LÓPEZ, 2011, p. 386; LAURENZO COPELLO, 2004, pp. 32 y ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, 2018, pp. 74, 81 y 82; MARAVER GÓMEZ, 2011, p. 343; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007, pp. 70 y 118, entre otras (así como en 2008, pp. 3 y 6); y POMARES CINTAS, 2015, p. 5. También TERRADILLOS BASOCO señalaba que el principal objetivo de este precepto no era más que limitar o controlar los flujos migratorios (TERRADILLOS BASOCO, 2008, pp. 988-989).

⁵⁴ En este sentido, por ejemplo, MAYORDOMO RODRIGO, 2011, p. 329.

extranjeros, ya fuera de forma exclusiva⁵⁵ o conjuntamente con los intereses migratorios del Estado⁵⁶. Por lo que algunas de las dictadas exigían para la apreciación del apartado primero de este delito —que, conforme a la redacción vigente en aquel momento, sancionaba la conducta constitutiva ahora del tipo básico— la afectación de la dignidad o de la integridad moral de los mismos [en este sentido pueden consultarse, entre otras, la STS 1465/2005, de 22 de noviembre (ECLI: ES:TS:2005:7378), la STS 1087/2006, de 10 de noviembre⁵⁷ (ECLI:ES:TS:2006:6968) y, citándolas, las SSTS 1238/2009⁵⁸ (sin ECLI) y 378/2011, de 17 de mayo (ECLI: ES:TS:2011:3111); así como también la STS 635/2007, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2007:4840)]. Es más, el Alto Tribunal, en algunas de esas sentencias, argumentaba por qué el control de los flujos migratorios no podía ser el bien jurídico que se pretendiera proteger, al menos en exclusiva, con este delito.

Sumamente clarificadora en este sentido resulta la STS 378/2011, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2011:3111), que, citando a su vez las sentencias 1465/2005, de 22 de noviembre⁵⁹ (ECLI:ES:TS:2005:7378), 1087/2006, de 10 de noviembre⁶⁰

⁵⁵ Como lo señala literalmente, por ejemplo, la STS 864/2012, de 16 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:7835), que dispone lo siguiente: “Dicho bien jurídico, dada la ubicación sistemática, no es otro que los derechos de los ciudadanos extranjeros. Es decir que el interés del Estado en el dato sociológico y de control de población, queda al margen por más que no pocas veces sea invocado en la práctica forense conjuntamente con el anterior”. También puede verse en este mismo sentido, ya con anterioridad, la STS 1304/2005, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6270), que sostenía que el bien jurídico eran los intereses y derechos de los extranjeros.

⁵⁶ En este sentido, por ejemplo, la STS 569/2006, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:3139), que señala lo siguiente: “su ubicación sistemática en un nuevo Título XV bis bajo la rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para ese bien protegido”. O la STS 153/2007, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1464), que dispone lo siguiente: “Confluyen en este tipo dos clases de intereses complementarios: por un lado, el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que éstos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada y por otro evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y seguridad de las personas”, así como, citando a la anterior, las SSTS 484/2007, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:4019) y 823/2007, de 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:7029). También en términos similares, pueden consultarse el FD Primero de la STS 212/2012, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:1848); y el FD Séptimo de la STS 466/2012, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2012:4199).

⁵⁷ STS 1087/2006, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:6968), que en su FD Primero recoge que el artículo 318 bis exige “una afectación negativa relevante, actual o probable, de los derechos del ciudadano extranjero”. Y puntualiza: “Es cierto, como ha puesto de relieve algún sector doctrinal, que la descripción de los tipos agravados, contenida en el apartado tercero de este artículo, parece indicar que la afectación de la dignidad humana o de los derechos básicos de la persona siempre dará lugar a su aplicación, dejando al tipo básico sin supuestos posibles. Sin embargo, no puede excluirse que el traslado ilegal de personas pueda efectuarse en condiciones de falta de respeto a dicha *dignidad* o derechos sin llegar a poner en peligro objetivamente apreciable la integridad, la salud o la vida” (cursivas añadidas). El razonamiento expuesto llevó al Tribunal Supremo a mantener la absolución del acusado que se había limitado a “transportar a dos súbditos rumanos hacia España, discurriendo por un puesto fronterizo, disponiendo ambos de sus correspondientes pasaportes, sin ocultar su existencia ni su intención, y sin que el acusado contribuyera con otra cosa que con la mera realización del transporte, ejecutado, por otro lado, en condiciones de absoluta normalidad, en lo que se refiere a las condiciones en las que viajaban los dos súbditos rumanos”.

⁵⁸ Cfr. su FD Undécimo.

⁵⁹ Cfr. FD Séptimo.

⁶⁰ STS 1087/2006, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:6968), que en su FD Primero indica: “En cualquiera de los casos, no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado conductas

(ECLI:ES:TS:2006:6968) y 1238/2009, de 11 de diciembre (sin ECLI), dispone lo siguiente: el bien jurídico protegido en el art. 318.bis.1 CP “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 administrativas⁶¹-*, 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”.

También muy interesante el FD Tercero de la STS 1378/2011, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2011:9139), que dispone: «Por consiguiente, para que el tráfico sea delictivo debe existir un plus de antijuricidad, que, en todo caso, la conducta cree un peligro abstracto relevante y grave para que los derechos de los ciudadanos extranjeros y de su dignidad como seres humanos, a causa de esa acción de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, evitando a través del delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. Así hemos dicho en STS 147/2005 y 569/2006 de 19-5 que ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico, de manera que -precisa la STS 1087/2006 de 10-11-, el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de convicción altamente probable, o como dice la STS 635/2007 de 2-7, en su art. 318 bis 1 "se castiga la promoción y el favorecimiento de tráfico ilegal de personas o su inmigración clandestina, sancionando conductas que, de ordinario, van más allá de la simple infracción de las normas administrativas reguladoras de la estancia de extranjeros en nuestro país, proyectando su eficacia lesiva sobre la propia dignidad de quien, condicionado por su situación de ilegalidad, es expuesto a un más fácil menoscabo de sus derechos fundamentales (STS 1465/2005, de 22-11 , y 1304/2005, de 19-10)"».

Teniendo en cuenta lo anterior, hasta la reforma experimentada por este precepto en el año 2015 podemos decir que, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde

que en la legislación de extranjería vienen configuradas como una mera infracción administrativa (artículo 54 de la LO 4/2000), de manera que el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable”.

⁶¹ Cursivas añadidas.

el de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, había argumentos que permitían, primero, fundamentar el rechazo a la pretensión de que el bien jurídico protegido en el artículo 318 bis CP (ni siquiera en su tipo básico) pudiera ser, en exclusiva, el control por parte del Estado español de los flujos migratorios; y, segundo, defender la exigencia para su apreciación de la acreditación de una mínima afectación de los derechos de los extranjeros objeto de la conducta típica.

IV. El bien jurídico tras la reforma de 2015 y casi diez años de aplicación jurisprudencial⁶²

El cambio de redacción que le otorga la LO 2015 a este precepto y, sobre todo el reajuste de la pena con la que se amenazan las conductas en él previstas (que han sido disminuidas considerablemente), ha llevado a muchos autores a tener que claudicar admitiendo que el bien jurídico que en él se protege no es otro más que la política migratoria de nuestro Estado⁶³.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que, a pesar de ello, el tenor literal del 318 bis CP tenga por qué ser admitido acriticamente. Es más, como sostiene DE LA FUENTE CARDONA: “Que reconozcamos la protección exclusiva de este bien jurídico es muy importante porque constituye el presupuesto para poder ofrecer interpretaciones restrictivas a este amplio delito”⁶⁴.

Por otra parte, al igual que hay autores que consideran que la reforma experimentada por este precepto en el año 2015 supone que ha de darse por superada la postura doctrinal que abogaba hasta la fecha por entender que el verdadero bien jurídico protegido en este delito eran los derechos de los extranjeros, también podemos encontrar alguna sentencia, como la STS 188/2016, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:824), en la que se indica que, tras la reforma, la doctrina jurisprudencial anterior sobre este delito ha de acogerse “con gran reserva” por referirse a un tipo que “tanto en su sentido y finalidad, como en el ámbito de su penalidad (que se ha reducido de forma muy relevante), ha sido modificado sustancialmente”⁶⁵. Así, en esta sentencia, y en

⁶² El análisis se ciñe a las resoluciones dictadas durante este período por nuestro Tribunal Supremo.

⁶³ Según lo pone de manifiesto, DE LA FUENTE CARDONA, 2019, p. 3; y EL MISMO, 2022, p.365. En este sentido, consideran que el objeto de protección de este delito con su redacción actual es de forma indiscutible, aunque cuestionable, el control de la inmigración irregular, entre otros: CABEZAS VICENTE, 2021, p. 57; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2017, p. 456; EL MISMO, 2021, p. 782; DE LA MATA BARRANCO, 2021, p. 19; LÓPEZ PEREGRÍN, 2018, p. 100; MUÑOZ RUIZ, 2016, p. 7; o TERRADILLOS BASOCO, 2022, p. 47.

⁶⁴ DE LA FUENTE CARDONA, 2019, p. 9.

⁶⁵ En la medida en que se basa en el consentimiento del extranjero en la operación migratoria, sancionando esencialmente la vulneración de la normativa reguladora de la entrada, tránsito o permanencia de extranjeros en el territorio de la Unión (Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, y Decisión Marco 2002/946/JAI), delimitando con mayor precisión las conductas punibles y restringiendo la imposición obligatoria de penas de prisión a los supuestos especialmente graves (puede consultarse este razonamiento en el FD Cuarto de la STS 400/2018, de 12 de septiembre ECLI:ES:TS:2018:3160).

otras que la siguen⁶⁶, se recoge que: “Lo que se sanciona es la ayuda intencionada, con y sin ánimo de lucro, a la vulneración por los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, de la normativa legal reguladora de su entrada, tránsito y permanencia en territorio español, con la finalidad de respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios”, y que “sólo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, se atiende además al bien jurídico pregonado en la rúbrica del título, como “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros””.

Sin embargo, y esto es especialmente destacable, también podemos encontrar varias sentencias dictadas durante este mismo período de tiempo que han seguido abogando, para la apreciación de este delito, por la exigencia de una mínima afectación de los “derechos de los extranjeros”.

En este sentido me parece interesante el análisis que efectúa sobre la apreciación de este delito la STS 646/2015, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4501). Esta sentencia reconoce (cfr. FD Primero), en primer lugar, que si bien la sustitución que hace la reforma de 2015 del concepto “inmigración clandestina” por el de “entrada” o “tránsito” (al que se añade el de permanencia o estancia en el nuevo 318.bis.2 CP) para designar la conducta típica es acorde con el nuevo bien jurídico —exclusivamente la legalidad administrativa de la entrada y presencia en territorio español de ciudadanos no europeos—, esta puede suponer una total asimilación de la respuesta penal con la administrativa cuando la recepción de la voluntad de la Unión Europea (Directiva 2002/90/CE y 2008/115/CE) no puede hacer idénticas la respuesta administrativa y la penal. Por lo que, tras admitir que no toda infracción legal determinante de sanción administrativa puede considerarse delictiva —aunque se trate de una infracción administrativa grave—, considera que le corresponde a la Jurisdicción una necesaria corrección del exceso verbal del tipo que deje fuera del ámbito penal conductas que, pese a contravenir la letra de la ley, no pueden, por coherencia del sistema y exigencia de los principios penales legalizados, ser consideradas delictivas⁶⁷. Para llevar a cabo esta corrección estima que no puede olvidarse que el tipo penal se enmarca en una rúbrica que dice tipificar comportamientos “contra los derechos de los extranjeros”, y que estos no coinciden necesariamente con los subyacentes a la regulación del flujo migratorio. Por lo que, teniendo en cuenta el nuevo tenor literal que recibe este precepto tras la reforma de 2015 y el riesgo de solapamiento que existe entre la infracción administrativa y los tipos delictivos, concluye que “la acusación

⁶⁶ Así puede consultarse, por ejemplo, entre otras, la STS 807/2016, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2016:4668), ahora bien, en ella (FD Sexto) se defiende que debe haber algo que permita fundamentar la diferencia entre el castigo penal y el castigo meramente administrativo de la infracción); la STS 705/2017, de 6 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1486); o la STS 466/2019, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:4389A).

⁶⁷ Necesidad de deslinde de la infracción administrativa respecto de la delictiva que señala, si bien no aparece recogida expresamente en el Código penal, sí lo está en la legislación administrativa.

que impute el delito del artículo 318 bis 1 del Código Penal habrá de identificar no solamente la conducta probada, sino la concreta infracción administrativa y la razón por la que esta adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidad meramente administrativa⁶⁸.

Y también podemos encontrar sentencias en las que se mantiene que en el bien jurídico protegido en este delito confluyen dos tipos de intereses: por un lado, el interés general del Estado de controlar los flujos migratorios, evitando que estos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada; y, por otro lado, el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los emigrantes. En este sentido pueden verse específicamente la STS 482/2016, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2729); la STS 512/2016, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2892)⁶⁹, la STS 422/2020, de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2636)⁷⁰, la STS 324/2021, de 21 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1397)⁷¹; o la STS 253/2023 de 12 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1428)⁷². Ahora bien, el problema ciertamente es que ese reconocimiento es exclusivamente aparente, quedando sin aplicación en el análisis del caso concreto. Algo similar sucede en la STS 108/2018, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:788), en la STS 388/2018, de 25 de julio (ECLI:ES:TS:2018:3056) y siguiéndolas, en la STS 266/2023, de 19 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1455). Se trata de resoluciones todas ellas en las que, después de reconocer que, tras la reforma operada por la LO 1/2015, en el artículo 318 bis CP se protege principalmente el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, se entiende que, como este precepto sigue estando encuadrado bajo la rúbrica relativa a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, presididos por el derecho a la preservación de su dignidad, no se puede prescindir de una suficiente consideración de este bien jurídico. Y esta reflexión lleva al Tribunal Supremo a sostener que “será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para tales derechos como consecuencia de la conducta típica”⁷³. Sin embargo, una vez más no hay ningún análisis en el caso concreto de tal riesgo para los derechos del extranjero objeto de la conducta en el caso enjuiciado⁷⁴.

⁶⁸ Sentencia seguida, a su vez, por la STS 216/2017, de 6 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1486).

⁶⁹ Cfr. cómo en su FD Décimo señala lo siguiente: “esta tipología en realidad tutela la política de inmigración, sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral”.

⁷⁰ Puede consultarse su FD Octavo; así como el resumen de la misma de SÁNCHEZ DOMINGO, 2020, p. 1.

⁷¹ Cfr. FD Séptimo.

⁷² FD Quinto.

⁷³ Cfr. en este sentido el FD Segundo de la STS 108/2018, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:788) o el FD Tercero de la STS 388/2018, de 25 de julio (ECLI:ES:TS:2018:3056).

⁷⁴ Como también lo ha puesto de manifiesto CABEZAS VICENTE en su estudio de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en materia de inmigración irregular que se pronunciaron sobre los intereses protegidos en este delito (2021, p. 60).

Desde mi punto de vista, y a pesar de la matización anterior, todas estas sentencias vienen a evidenciar que la pretensión de que el bien jurídico protegido en este delito —con la salvedad de que se trate del tipo cualificado por peligro para la vida o integridad física— sea única y exclusivamente el interés del Estado —y de la Unión Europea— por el control de los flujos migratorios no es asumible y que va a seguir suscitando problemas de delimitación con la infracción administrativa contemplada en el art. 54.1.b)⁷⁵ de la LO 4/2000, de 11 de enero, al diluirse en gran medida los límites del campo de aplicación de ambas normas [así se pone de manifiesto, de hecho, en el FD Cuarto de la STS 396/2109, de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2572) o en el FD Octavo de la STS 422/2020, de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2636)]⁷⁶.

De manera que nos encontramos con un precepto redactado de tal manera que lo que con él se pretende proteger, al menos en su primer apartado, no constituye un verdadero bien jurídico y con el que nuevamente (tanto en su tipo básico como en su tipo cualificado por la concurrencia del ánimo de lucro) ni se respeta el principio de intervención mínima, ni el principio de proporcionalidad ni la coherencia interna de nuestro Ordenamiento jurídico. Ante esta tesitura lo correcto sería, por supuesto, que el legislador volviera a reformarlo, pero mientras no sea así, coincido con aquellos autores y con las sentencias del Tribunal Supremo que, como he evidenciado, siguen reclamando una reinterpretación del mismo. Por lo que procedo a desarrollar mi propuesta en tal sentido.

V. Propuesta de reinterpretación del artículo 318 bis CP

En mi opinión, la interpretación correcta en esta materia resulta, a la postre, casi una obviedad. La incorporación del artículo 318 bis CP por la LO 4/2000 obedeció a la necesidad puesta de manifiesto por el Informe de la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados sobre la situación de los españoles que viven fuera de España, así como de los inmigrantes y refugiados que han llegado a nuestro país, de 23 de junio de 1998, de «tipificar penalmente la utilización de embarcaciones y vehículos para el transporte clandestino de personas y castigar ejemplarmente a quienes, en definitiva, *se aprovechan de los más débiles*» (cursivas añadidas)⁷⁷. Por tanto, no puede desconocerse que en el origen de este delito estaba la preocupación por el peligro de lesión de los derechos de los migrantes, pero eso sí,

⁷⁵ Con el que, como también indica DAUNIS RODRÍGUEZ, claramente se solapa (2021, p. 784).

⁷⁶ Por lo que necesita de lo que se ha dado en llamar en algunas sentencias de nuestro TS, una “hetero-integración administrativa” [cfr. en este sentido, por ejemplo, la STS 396/2019, de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2572)].

⁷⁷ Tal y como se indica en la Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2002-00001.pdf (Circular FGE 1/2002, p. 4, última consulta 19 de enero de 2023).

tal preocupación estaba referida a los casos en los que el migrante es una *víctima*⁷⁸ a la que se le “impongan” –así se dice expresamente- condiciones de transporte que impliquen serios riesgos para su vida o condiciones laborales muy distantes del respeto a los derechos mínimos que habrían de serles reconocidos.

Por otra parte, tanto el Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, ratificado por España en 2003⁷⁹) como el relativamente reciente Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018)⁸⁰, tienen una importante dimensión humana en la que lo determinante es promover el bienestar de los migrantes. Así, en el origen del primero está el convencimiento de la necesidad de dar un trato humano a los migrantes y de proteger plenamente sus derechos humanos; y entre los objetivos del segundo se asume el compromiso de responder a las necesidades de los migrantes que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, que pueden derivarse de las circunstancias en que viajan o de las condiciones a que se enfrentan en los países de origen, tránsito y destino, “prestándoles asistencia y protegiendo sus derechos humanos”⁸¹.

También teóricamente al menos, las decisiones que se adoptan en el seno de la Unión Europea en la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes tienen entre sus objetivos la protección de los derechos de los mismos. Así puede constatarse, por ejemplo, cómo el Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes 2015-2020⁸² establece que en él “se exponen acciones concretas para combatir y prevenir el tráfico ilícito de migrantes, garantizando al mismo tiempo la protección de sus derechos humanos”. En el mismo sentido, el Plan de Acción renovador de la UE contra el Tráfico Ilícito de Migrantes (2021-2025), proclama que en él se establecen “los pilares clave y las acciones concretas necesarias para combatir y prevenir el tráfico ilícito y garantizar la plena protección de los derechos fundamentales de los migrantes”⁸³.

Ahora bien, como advierte DE LUCAS, si bien aparentemente “La tesis que sostiene la prioridad del enfoque de derechos humanos en toda política migratoria parece obvia y se repite como una letanía, casi sin excepción (...) la mayoría de los

⁷⁸ Expresión que no puede ni debe utilizarse en todo caso en el contexto de la migración irregular, sino que dependerá de diversos factores.

⁷⁹ BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2003, pp. 43796-43804.

⁸⁰ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/452/03/PDF/N1845203.pdf?OpenElement> (última consulta 23 febrero de 2023).

⁸¹ Como objetivo 7, dedicado a Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración.

⁸² Bruselas, 27.5.2015 COM(2015) 285 final.

⁸³ Cfr. la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones sobre el “Plan de Acción renovador de la UE contra el Tráfico Ilícito de Migrantes (2021-2025)”, COM/2021/591 final (Código CELEX: 52021DC0591).

modelos de políticas migratorias proceden de hecho a una formulación de los derechos de los migrantes en términos de recortes, fragmentación y aun regateo”⁸⁴. De hecho, así lo ha reconocido el Comité Económico y Social Europeo (CESE) en su Dictamen de 4 de noviembre de 2009 sobre «El respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración», al señalar que “son numerosas las organizaciones de la sociedad civil y los informes de investigadores independientes y académicos que han demostrado que algunas políticas y legislaciones nacionales y europeas no respetan adecuadamente los derechos fundamentales”, o que “En el ámbito de las políticas comunitarias, son muchos también los informes que denuncian violaciones de los derechos humanos de los inmigrantes en diversos Estados miembros; y en otras ocasiones las políticas europeas legitiman algunas prácticas nacionales que no son compatibles con los derechos humanos y el Estado de Derecho”⁸⁵.

Afirmado lo cual el CESE atribuye esta realidad a que “Algunas propuestas políticas repiten un error que se ha cometido en épocas anteriores: sacrificar la libertad para mejorar la seguridad”^{86/87}. Ante lo que el CESE proclama que “Un refuerzo de la seguridad no debe dañar los valores fundamentales (derechos humanos y libertades públicas) y principios democráticos (Estado de Derecho) compartidos en toda la Unión”; y que “La libertad de la persona no se debe reducir tras el objetivo de la seguridad colectiva y del Estado”. Frente a lo que propone que “en la nueva Comisión Europea las políticas de inmigración y de asilo estén estrechamente vinculadas a la protección de los Derechos Fundamentales bajo una misma dirección política”⁸⁸.

Pero mientras los Estados con sus políticas migratorias no respeten los derechos humanos, como sostiene DE LUCAS, estos tendrán que ser denunciados para que

⁸⁴ DE LUCAS, 2019, p. 207.

⁸⁵ Cfr. el Dictamen indicado en su apartado 2 sobre “Los Derechos Humanos Fundamentales y las Políticas de Inmigración”.

⁸⁶ Cfr. apartado 4 sobre “Derechos Humanos y la Política de Inmigración: Diez Prioridades Operativas para que Europa sea un espacio de libertad, seguridad y justicia”.

⁸⁷ Asociación que, como advierte POMARES CINTAS se puede ver en el Considerando inicial de la Decisión Marco 2002/946/JAI 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) al ubicar la lucha contra la inmigración clandestina dentro del objetivo de la Unión Europea de “ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia” (2014–2015, p. 144). Por su parte PORTILLA CONTRERAS también denuncia cómo, manejando contra la inmigración ilegal las mismas armas que vienen siendo utilizadas en la lucha contra el terrorismo, el Informe contenido en el Programa de La Haya pretende regular los flujos de migración y controlar las fronteras exteriores de la Unión con medidas que, indistintamente, se esgrimen para la prevención y el control de la delincuencia, en especial el terrorismo (Consejo europeo de Bruselas, 4 y 5 de noviembre de 2004. Bruselas, 8 de diciembre de 2004. 14292/1/04 REV 1). Para más información, cfr. PORTILLA CONTRERAS, 2022, p. 298.

⁸⁸ Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo — Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los Ciudadanos” COM(2009) 262 final (2010/C 128/14), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009AE1714&from=ES>.

pueda exigírseles responsabilidades⁸⁹. En este contexto, me parece determinante el que el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, proponga para conseguir su objetivo “Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración”, entre otras medidas, “a) Examinar las políticas y prácticas pertinentes para asegurarnos de que no creen, exacerben ni aumenten involuntariamente la vulnerabilidad de los migrantes”⁹⁰. Labor en la que los penalistas, en cuanto en nuestro Ordenamiento jurídico se acude –como hemos visto– al Derecho penal como herramienta de la política migratoria no debemos guardar silencio⁹¹.

De manera que, si tenemos en cuenta que el control migratorio por parte del Estado no es un interés que por sí solo se haya considerado pacíficamente —ni por nuestra doctrina ni por nuestra jurisprudencia— que reúna los requisitos necesarios para considerarlo legítimamente como un bien jurídico merecedor y necesitado de protección por el Derecho penal^{92/93}, éste no puede ser el bien jurídico que se proteja en el artículo 318 bis CP. Y realizo esta afirmación con independencia del tenor literal del artículo 318 bis CP, ya que como nos ha recordado LAURENZO COPELLO (si bien a propósito de otros delitos cuya redacción es igualmente desafortunada) es un error partir del texto legal de un precepto para establecer a partir de ahí el objeto de tutela del mismo; ya que en tal caso “El bien jurídico deja de jugar su tradicional función limitadora del poder punitivo del Estado para convertirse en un instrumento para justificar una decisión legislativa que se acepta como intocable”⁹⁴.

Pero es que, además, tampoco puede ni olvidarse ni desconocerse la trascendencia que tiene el que el interés del Estado por controlar los flujos migratorios y la circulación de los extranjeros indocumentados por territorio español sea ya objeto de protección por el Derecho administrativo⁹⁵. Las conductas de ayuda a la entrada y tránsito por el territorio español de extranjeros no comunitarios al margen de la

⁸⁹ DE LUCAS, 2013, <http://lucasfra.blogs.uv.es/author/lucasfra/> (última consulta, 2 de febrero de 2023).

⁹⁰ Un buen análisis de cómo ha ido evolucionando la Política europea de inmigración puede verse en DE CASTRO SÁNCHEZ, 2022, pp. 231 y ss. Y puede comprobarse cómo, tras la exposición del mismo, esta autora reclama un cambio de perspectiva en el que prevalezca frente a la primacía de la búsqueda de la seguridad, el respeto de los derechos humanos; para lo que reclama precisamente también, en respeto a los propios valores de la Unión Europea, el que se sigan, controlen y supervisen las medidas que se adopten para el control de las fronteras (ob. cit., pp. 254-255).

⁹¹ De hecho, hay quien como MARTÍNEZ ESCAMILLA (2018) que ha afirmado que “debemos avergonzarnos de nuestra política migratoria”, así como que “en algún momento habrá que pedir perdón por ella” <https://www.ucm.es/tribunacomplutense/223/art3278.php#.ZFvfvHZBxPY> (última consulta 23 de febrero de 2023).

⁹² Basta recordar los fragmentos reproducidos *supra* de la STS 378/2011, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2011:3111) y de la STS 1378/2011, de 14 de diciembre (ECLI: ES:TS:2011:9139).

⁹³ Como advierte también DAUNIS RODRÍGUEZ, la intervención penal en este ámbito es tan discutible que acaba persiguiendo a un tercero o partícipe que ayuda a otra persona a realizar una actividad que, al menos desde el ámbito penal, no le supone ningún tipo de sanción penal; siendo además el extranjero-migrante el primer interesado en el que la conducta ilegal se lleve a cabo con éxito (DAUNIS RODRÍGUEZ, 2017, pp. 471-472).

⁹⁴ LAURENZO COPELLO, 2021, p. 273.

⁹⁵ A lo largo de este trabajo he estado refiriéndome a las distintas infracciones administrativas contenidas sobre la materia en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

normativa en la materia, para poder ser penalmente relevantes, habrán de tener un contenido de desvalor que las diferencie, agravándolas, de las meramente sancionables como infracción administrativa. Es decir, lo que no puede —o, mejor dicho, *no debe ocurrir*— es que la infracción administrativa se solape con el hecho constitutivo de delito⁹⁶ y, menos aún, que lo que se castigue penalmente sea una conducta menos gravosa que la que se sanciona en la misma materia de forma administrativa^{97/98}.

Reconocidas todas estas obviedades, entiendo que es nuestro deber llevar a cabo una reinterpretación de este precepto en la que se tengan en cuenta tanto los textos internacionales que influenciaron en la decisión del legislador al incorporar al Ordenamiento punitivo estas conductas, como las propuestas más recientes de vincular las políticas migratorias con la protección de los derechos fundamentales de los extranjeros migrantes, así como la normativa que en nuestro Ordenamiento jurídico prevé sanciones de otra naturaleza en esta misma materia.

Por ello, debe defenderse⁹⁹ que la única conducta de “ayuda” para la entrada, tránsito o permanencia en territorio español de un extranjero no comunitario al margen de la normativa en la materia que puede ser sancionada penalmente, es la que se lleve a cabo con “ánimo de lucro”, dada la importancia que tal móvil lucrativo jugó en la normativa internacional precursora de la incorporación de este delito a nuestro Código penal¹⁰⁰ y su exigencia para el castigo de estas conductas en el ámbito administrativo¹⁰¹. En segundo lugar, si no queremos que se sancionen penalmente conductas

⁹⁶ Sin embargo, como ya he indicado, no hay forma de diferenciar la infracción administrativa del artículo 54.1.b) de la LO 4/2000, de la conducta que constituye el tipo cualificado en el tercer párrafo de este mismo apartado primero del 318 bis CP, ni de la ayuda a la permanencia que se tipifica en el apartado segundo del mismo, ya que ambas conductas delictivas han sido tipificadas sin exigir ningún contenido de desvalor.

⁹⁷ Aunque, como también ya indiqué *supra*, mientras que el artículo 54.1.b) de la LO 4/2000, prevé como infracción administrativa muy grave las conductas de “inducir, promover, favorecer o facilitar” (individualmente o formando parte de una organización) la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, *siempre y cuando dichas conductas sean realizadas con ánimo de lucro*; en el tipo básico del artículo 318 bis.1 CP se castiga la ayuda que se preste a los extranjeros no comunitarios para entrar o transitar por el territorio español de forma irregular *sin necesidad de que medie dicho ánimo*.

⁹⁸ Críticamente en este sentido también, DE LA MATA BARRANCO, 2021, p. 29.

⁹⁹ Tal y como propongo en el epígrafe II.1.3.

¹⁰⁰ Y es que, como aclara ESCOBAR VEAS: “De acuerdo a las notas interpretativas de la Convención de Palermo la incorporación de este requisito tuvo como objetivo el no sancionar la conducta de familiares, organizaciones no gubernamentales, grupos religiosos u otras personas que, por razones no lucrativas, ayudasen al migrante a entrar al Estado de destinación” (ESCOBAR VEAS, 2019, p. 5). También puede consultarse como este autor explica el fundamento de esta limitación en los siguientes términos: “cuando los migrantes no cuentan con los recursos económicos suficientes para sufragar los costos de una migración regular, se colocan en una situación de riesgo, al menos desde dos perspectivas. Primero, la vulnerabilidad económica del migrante aumenta exponencialmente, desde el momento en que deben pagar grandes sumas de dinero o incluso hipotecar sus bienes (...). En segundo lugar, esta misma vulnerabilidad genera el peligro de que el migrante, con la finalidad de mejorar sus condiciones económicas, considere la explotación de su propia persona como la única alternativa disponible, entrando de esta forma en el mercado de trata de personas. El traficante de migrantes se aprovecha de esta situación de vulnerabilidad y ve al migrante como una fuente de riqueza” (ob. cit., p. 6).

¹⁰¹ Ya que, como se establece en la STS 212/2012, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:1848): “Si no resulta aceptable con valores constitucionales de un Estado de Derecho social y Democrático diluir las fronteras entre

que no tienen la relevancia suficiente para ser castigadas siquiera administrativamente, ha de exigirse que tanto la ayuda al *tránsito* por el territorio nacional, como a la *permanencia* en España de forma irregular, estén vinculadas con la entrada irregular en nuestro país. Es decir, no deben sancionarse penalmente ni la ayuda aislada a que un extranjero transite por España (a pesar de que tal circulación se realice al margen de la normativa sobre la materia) ni tampoco cualquier conducta de ayuda aislada a que un extranjero en situación irregular permanezca en España¹⁰². O, dicho de otra forma, las conductas que sean sancionables han de reunir, en última instancia, las notas básicas caracterizadoras del tráfico ilícito de migrantes de conformidad con el artículo 3 del Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire: el carácter transnacional y el ánimo de enriquecimiento. En tercer lugar, y para salvar la constitucionalidad de este precepto¹⁰³, las conductas de “ayuda” sólo deben ser penalmente relevantes cuando tengan un mínimo de contenido de antijuricidad material que permita diferenciarlas de las conductas de favorecimiento de la inmigración ilegal constitutivas de infracción administrativa en la LO 4/2000. Y es aquí donde cobra relevancia la ubicación sistemática de este delito, que, como han puesto de manifiesto varias de las sentencias de nuestro Tribunal Supremo, no puede dejar de ser objeto de consideración. Por tanto, para la apreciación de este delito no será suficiente con la infracción de la normativa en materia de entrada, tránsito o permanencia de los extranjeros no nacionales al margen de la normativa sobre la materia, sino que será preciso analizar si de las circunstancias que rodearon los hechos puede deducirse la existencia de alguna clase de riesgo relevante para los derechos de tales extranjeros^{104/105}.

Llegados a este punto, coincido plenamente con DAUNIS RODRÍGUEZ en que no debe incurrirse en el error de identificar de forma automática al extranjero-migrante como una persona vulnerable ya que dicha identificación puede ser empleada

la sanción administrativa y la penal, menos aceptable resultará interpretar un precepto penal de suerte que incluya en el mismo supuesto que ni siquiera merecen la sanción administrativa” (cfr. FD Primero, número 3). En el mismo sentido se pronuncia también la STS 466/2012, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2012:4199).

¹⁰² Cfr. también lo expuesto en el epígrafe II.2.

¹⁰³ Hay que tener en cuenta que las conductas delictivas previstas en este delito están configuradas como normas penales en blanco, por lo que han de cumplir las exigencias establecidas por el Tribunal Constitucional para su admisibilidad (cfr. por ej., STC 127/1990, de 5 de julio), siendo una de ellas, precisamente, el exigir un contenido de desvalor, es decir, la exigencia de la lesión o de la puesta en peligro de un bien jurídico. De lo contrario tanto el apartado primero como el apartado segundo de este precepto podrían ser declarados inconstitucionales por vulnerar la exigencia de reserva de ley y, por tanto, el principio de legalidad.

¹⁰⁴ De conformidad con la STS 108/2018, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:788); la STS 388/2018, de 25 de julio (ECLI:ES:TS:2018:3056); la STS 396/2019, de 24 de julio (FD Cuarto) (ECLI:ES:TS:2019:2572); o la STS 422/2020, de 23 de julio (FD Octavo) (ECLI:ES:TS:2020:2636). En este mismo sentido puede verse también, LÓPEZ PEREGRÍN, 2018, p. 105.

¹⁰⁵ Aunque hay quien como HORTAL IBARRA considera difícil que se puedan tutelar los derechos de los ciudadanos extranjeros mediante el castigo de quienes favorecen su entrada en territorio nacional burlando la exigente reglamentación de extranjería. Para ello da la siguiente explicación: penalizando al facilitador-intermediario se elimina al colectivo vulnerable cuyos intereses declaramos amparar (cfr. HORTAL IBARRA, 2022, p. 1191).

como él mismo apunta, como un “señuelo para justificar la utilización del Ordenamiento penal como herramienta de la política migratoria”¹⁰⁶, lo que, por un lado, resulta inadecuado ya que implica que se pervierta el uso del Derecho penal elevando a delito lo que no es más que una infracción puramente formal; y, por otro, puede terminar produciendo una mayor vulnerabilización del extranjero-migrante al instrumentalizarse sus derechos para salvaguardar los intereses del Estado^{107/108}.

Por ello entiendo que las conductas previstas en los dos primeros apartados del artículo 318 bis CP deben ser reinterpretadas conforme a lo anteriormente expuesto y, además, como delitos de peligro hipotético¹⁰⁹ respecto a los derechos de los extranjeros. De esta forma, cuando el comportamiento que aparentemente pudiera encajar en el art. 318 bis CP sólo atente contra la regulación controlada de los flujos migratorios y no se detecte el más mínimo atisbo de riesgo de lesión de los derechos del ciudadano extranjero migrante, al faltar la *ratio* de la sanción penal habrá de acudir al Derecho administrativo sancionador como el instrumento adecuado, en su caso, para dar una respuesta a esa conducta ilícita¹¹⁰.

Por lo que se refiere a los tipos cualificados contenidos en las letras a) y b) del apartado 3 del artículo 318 bis, estos sólo deben ser aplicables caso de que la conducta sancionada en el primer apartado del artículo 318 bis CP reúna los requisitos ya señalados. Pero, además, ha de exigirse a los tribunales que no aprecien el tipo

¹⁰⁶ DAUNIS RODRÍGUEZ, 2017, p. 455. Resulta muy interesante el análisis que realiza este autor sobre el cómo y el por qué se presume esa vulnerabilidad de todo extranjero migrante. Este autor apunta, en primer lugar, cómo el discurso oficial e institucional que aborda la inmigración irregular suele arrancar con la hipótesis de que las bandas organizadas son el vehículo principal del desplazamiento de migrantes, sin distinguir después entre los distintos facilitadores de la inmigración irregular: todos ellos se equiparan al alza, es decir, con las organizaciones criminales más peligrosas y violentas. Cuando, en realidad, se ha demostrado que “— a pesar de la existencia de organizaciones criminales que utilizan medios peligrosos y/o violentos con los inmigrantes— la mayoría de facilitadores de la inmigración irregular son redes migratorias, conformadas por familiares, amigos y/o connacionales del inmigrante que facilitan, solidariamente, información, recursos y alojamiento” (ob. cit., p. 451). Esta identificación de la inmigración ilegal con la delincuencia organizada permite presentar al migrante como un sujeto vulnerable del que abusan las bandas organizadas, lo que conduce, por un lado, a negar la validez de cualquier decisión que tome acerca su migración (su voluntad en tal sentido es irrelevante) y, por otro, a que el inmigrante —reducido a ser vulnerable *per se*— sea utilizado como apunto en texto, para justificar la utilización del Ordenamiento penal como herramienta de la política migratoria (ob. cit., pp. 454 y ss.).

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ O como sostiene POMARES CINTAS: “no deja de ser un ejercicio de cinismo legislativo interponer los derechos de los extranjeros (inmigrantes ilegales) como “escudo protector” de la indemnidad de las fronteras exteriores de la Europa-fortaleza y, asimismo, utilizar el Derecho penal para legitimar una legislación que excluye los derechos fundamentales de este colectivo de seres humanos al amparo del propio derecho” (POMARES CINTAS, 2015, p. 20).

¹⁰⁹ En este mismo sentido se manifiesta LÓPEZ PEREGRÍN, 2018, p. 107.

¹¹⁰ En este mismo sentido se pronunció ya nuestro Tribunal Supremo en la sentencia 466/2012, de 28 de mayo, que en su FD Octavo argumentó que por expresa disposición legal y por elementales reglas hermenéuticas, si los hechos son constitutivos de delito habrá de estar a la norma penal, pero que, al mismo tiempo hay que respetar el ámbito propio de la norma administrativa; por lo que teniendo en cuenta el principio de intervención mínima del Derecho penal y la congruencia del conjunto del Ordenamiento jurídico, habrá que realizar una interpretación del tipo penal que permita también la operatividad de la normativa administrativa para los supuestos que no encajen allí.

cualificado de la letra b) salvo que constaten en el caso concreto que efectivamente se ha puesto en peligro la vida o la salud del extranjero migrante; no debiendo conformarse con la apreciación de la peligrosidad de la conducta en abstracto. Y es que, como advierte correctamente DE LA FUENTE CARDONA, si tenemos en cuenta que casi toda ayuda a entrar en nuestro país, al margen de los cauces legales, ya sea por mar o por tierra va a entrañar ciertos riesgos para la vida y/o la salud del migrante, para la apreciación de este tipo cualificado no puede bastar con una presunción genérica de que la conducta realizada o los medios empleados son peligrosos¹¹¹.

Por otra parte, y para terminar, en este delito también debería ofrecerse un concepto de “ayuda humanitaria”¹¹² que permita eximir de responsabilidad penal no sólo a quienes pueda decirse que, efectivamente, prestan una ayuda de esa clase desde el punto de vista del Derecho internacional humanitario, sino a cualquiera que contribuya con un extranjero a que “entre, transite o permanezca en nuestro país de forma irregular” sin que pueda constatarse ningún abuso de la situación de vulnerabilidad en la que *podría* —pero no tiene por qué— encontrarse una persona que entra en un país que no es el suyo al margen de la normativa sobre la materia. Así, quedarían fuera del ámbito de lo penalmente relevante conductas como la de la madre que ayuda a su hijo a ingresar irregularmente en el país porque no cuenta con los recursos económicos necesarios para ello, o la de la persona solidaria que auxilia a un extranjero en situación irregular a que entre, transite o permanezca en España para que pueda mejorar sus condiciones de vida.

Considero y con esto termino, que todas estas propuestas son imprescindibles tanto para conseguir que se respeten los principios limitadores que deben presidir la intervención de nuestro Derecho penal, como para que se pueda cumplir con el objetivo 7 (Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración) del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, ya que sólo de esta manera se conseguirá que el refuerzo por el Derecho penal de la política migratoria de nuestro país no contribuya a que se “cree, exacerbe ni aumente *involuntariamente*”¹¹³ la vulnerabilidad de los migrantes”. Basta con tener en consideración la siguiente reflexión de HORTAL IBARRA, que no es más que la constatación de otra obviedad: la incriminación de toda facilitación a la inmigración al margen de la normativa, lejos de resolver el problema del tráfico ilegal de personas, favorece la consolidación de la “industria que satisface —en pésimas condiciones de seguridad— esta lucrativa actividad

¹¹¹ DE LA FUENTE CARDONA, 2022, p. 384.

¹¹² Debiendo además eliminarse el adverbio “únicamente” tal y como indiqué en el epígrafe II.1.2. de conformidad con el artículo 1.2 de la Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002.

¹¹³ Cursivas añadidas.

clandestina, y redonda en la estigmatización social de los inmigrantes que recaban sus «servicios»^{114/115}.

Bibliografía

- ALONSO ÁLAMO, M. (2007), “¿Protección penal de la dignidad?. A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, n 19, pp. 3-20.
- ARROYO ZAPATERO, L. (2001), “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en Arroyo Zapatero (dir.), Nieto Martín (coord.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam*, Cuenca, pp. 25-43.
- CABEZAS VICENTE, M. (2021), “El control penal de la inmigración irregular a través del delito de tráfico ilícito de inmigrantes”, *Revista Sistema penal crítico*, pp. 45-72.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C./LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2007), “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Conde-Pumpido (dir.), López Barja de Quiroga (coord.): *Comentarios al Código penal*, tomo IV, Barcelona, pp. 2435-2455.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2009), *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Granada.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2017), “La inmigración ante la encrucijada: el tráfico ilegal de personas, la trata de seres humanos y la explotación sexual”, en Zúñiga Rodríguez (dir.), Ballesteros Sánchez (coord.): *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, Valencia, pp. 445-476.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2021), “La criminalización de la inmigración como factor de la construcción del mito inmigrante-delincuente”, en Del Álamo Gómez; Picado Valverde (dirs.): *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género III. Migraciones y derechos humanos*, Salamanca, pp. 775-787.
- DE CASTRO SÁNCHEZ, C. (2022), “Seguridad de las Fronteras exteriores de la UE y derecho de asilo: en busca de un necesario equilibrio”, en Fernández Cabrera; Fernández Díaz (dirs.): *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*, Madrid, pp. 231-257.
- DE LA FUENTE CARDONA, F.S. (2019), “¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? Aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n 18, pp. 172-181.
- DE LA FUENTE CARDONA, F.S. (2022), “El tratamiento jurisprudencial del delito de tráfico ilegal de personas cuando se pone en peligro la vida o la salud”, en Fernández Cabrera; Fernández Díaz (dirs.): *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*, Madrid, pp. 365-385.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J. (2017), “Política criminal de la Unión Europea en materia de inmigración ilegal y trata y aplicación en el Código penal español”, Almacén de Derecho, <https://almacendederecho.org/politica-criminal-la-union-europea-materia-inmigracion-ilegal-trata-aplicacion-codigo-penal-espanol>

¹¹⁴ HORTAL IBARRA, 2022, p. 1193.

¹¹⁵ En términos similares también RODRÍGUEZ CAMEJO concluye que parte de la vulnerabilidad y precariedad laboral en la que se encuentran los migrantes en situación administrativa irregular en el suelo comunitario europeo, viene dada, de hecho, por la lucha contra la inmigración irregular (2021, p. 87).

- DE LA MATA BARRANCO, N.J. (2021), “Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 1-41.
- DE LEÓN VILLALBA, J. (2003), *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia.
- DE LUCAS, J. (2013), “No son falta de caridad: son crímenes, estúpidos!”, en <http://lucasfra.blogs.uv.es/author/lucasfra/>.
- DE LUCAS, J. (2019), “Migración y derechos humanos. Una perspectiva jurídica”, en Comité especializado de inmigración: *El fenómeno migratorio en España. Reflexiones desde el ámbito de la seguridad nacional*, Madrid, pp. 207-219. Disponible en <https://www.dsn.gob.es/es/documento/fen%C3%B3meno-migratorio-esp%C3%B1a-reflexiones-desde-%C3%A1mbito-seguridad-nacional>
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./OLAIZOLA NOGALES, I. (2009), “Tráfico ilegal de personas con el propósito de explotación sexual (art. 318 bis.2 CP)”, en Mir Puig; Corcoy Bidasolo (dirs.), Hortal Ibarra (coord.): *Protección penal de los derechos de los trabajadores, seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Buenos Aires, pp. 453-511.
- ESCOBAR, VEAS, J. (2019), “El ánimo de lucro en el delito de tráfico de migrantes: análisis crítico de la legislación europea”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n 46, pp. 1-22.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B. (2005), “La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LVIII, pp. 837-886.
- GUARDIOLA LAGO, M^a.J. (2007), *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, Navarra.
- HORTAL IBARRA, J. C. (2007): “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Mir Puig; Corcoy Bidasolo (dirs.), Gómez Martín, (coord.): *Política criminal y reforma penal*, Montevideo, pp. 463-504.
- HORTAL IBARRA, J.C. (2022), “¿Por qué los llaman delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros cuando –siempre– quisieron reforzar el control estatal sobre los flujos migratorios irregulares (art. 318 bis CP)?”, en Joshi Jubert, Hortal Ibarra; Gallego Soler; Bolea Bardón; Gómez Martín (dirs.): *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, pp. 1179-1194.
- IGLESIAS SKULJ, A. (2015), “Artículo 318 bis: Delitos contra los ciudadanos extranjeros”, en González Cussac (dir.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia, pp. 936-942.
- LACRUZ LÓPEZ, J. M. (2011), *Inmigración y extranjería, Régimen jurídico básico, 5.ª ed.*, Madrid.
- LAURENZO COPELLO, P. (2004), “Últimas reformas en el Derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión”, *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n 50, pp. 30-35.
- LAURENZO COPELLO, P. (2021), “No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio”, en Lorenzo Copello/Daunis Rodríguez (coords.). *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Granada, pp. 257-284.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2018), “La protección de la dignidad humana a través del delito de trata de seres humanos”, en Del Carpio Delgado; García Álvarez (coords.): *Derecho penal: la espada y el escudo de los derechos humanos*, Valencia, pp. 63-124.

- MARAVÉR GÓMEZ, M. (2011), “Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas”, en Díaz-Maroto y Villarejo (dir.): *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Navarra, pp. 335-357.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2007), *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Barcelona.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2008), “¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?, Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 1-20.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2009), “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, pp. 1-44.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2018), “Una jornada para reflexionar sobre nuestra “vergonzosa política migratoria””, *Tribuna Complutense*, <https://www.ucm.es/tribunacomplutense/223/art3278.php#.ZFvfvHZBxPY>
- MARTOS NÚÑEZ, J.A. (2009), “La protección jurídicopenal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *Revista General de Derecho penal*, n 11, pp. 1-19.
- MAYORDOMO RODRIGO, V. (2008), *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Madrid.
- MAYORDOMO RODRIGO, V. (2011), “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXI, pp. 325-390.
- MUÑOZ RUIZ, J. (2016), “La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 1-27.
- PÉREZ ALONSO, E.J. (2008), *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia.
- PÉREZ ALONSO, E.J. (2009), “Consideraciones político-criminales sobre el fenómeno migratorio actual y el tráfico de personas”, en Mir Puig; Corcoy Bidasolo (dirs.), Hortal Ibarra (coord.): *Protección penal de los derechos de los trabajadores, seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Buenos Aires, pp. 409-452.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. (2004), *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Granada.
- POMARES CINTAS, E. (2014-2015), “La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n 7, pp. 143-174.
- POMARES CINTAS, E. (2015), “Reforma del Código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Jurídicos, UNESP*, n. 29, pp. 1-20. Disponible en <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudiosjuridicosunesp/index>
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2022), “La inmigración bajo sospecha en el Derecho penal europeo”, en Joshi Jubert, Hortal Ibarra; Gallego Soler; Bolea Bardón; Gómez Martín (dirs.): *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, pp. 293-303. Obra publicada también en Fernández Cabrera; Fernández Díaz (dirs.): *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*, 2022, Madrid, pp. 59-76.
- PORTILLA CONTRERAS, G./POMARES CINTAS, E. (2010), “Los delitos relativos al tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (arts. 313 y 318 bis)”, en Álvarez García; González Cussac (dirs.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, pp. 355-366.

- RODRÍGUEZ CAMEJO, R. (2021), “Migración, seguridad y falta de solidaridad en la Unión Europea”, *Revista internacional de estudios migratorios*, n 1, pp. 81-109.
- RODRÍGUEZ MESA, M^a J. (2001), *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia.
- SÁNCHEZ DOMINGO, B. (2020), “Trata de personas, delitos contra los derechos de los trabajadores y ciudadanos extranjeros”, *Revista General de Derecho Penal*, n 34, pp.
- SERRANO PIEDECASAS, J. R. (1999), “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Juanes Peces (dir.), *El extranjero en el Derecho penal sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Madrid, pp. 359-398.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M^a. (2008), “Política penal europea de inmigración”, en Muñoz Conde (dir.): *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, pp. 969-995.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M^a. (2022), “Inmigración-Terrorismo: estigmas y criterios de exclusión”, en Fernández Cabrera; Fernández Díaz (dirs.): *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*, 2022, Madrid, pp. 35-58.
- VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (2022), Tráfico ilícito de migrantes y trata de seres humanos: ¿realidades divergentes o convergentes?, en Fernández Cabrera; Fernández Díaz (dirs.): *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*, 2022, Madrid, pp. 411-427.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2008), “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.): *Comentarios al Código penal, Tomo II, Parte Especial (arts. 138 a 318)*, 5.^a ed., Pamplona, pp. 1223-1251.