



LA CRIMINALIZACIÓN DE LA SOLIDARIDAD

THE CRIMINALISATION OF SOLIDARITY

Margarita Martínez Escamilla*

*Catedrática de Derecho penal
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN

Una herramienta más de los Estados en su lucha contra la inmigración irregular es criminalizar a quienes auxilian a personas migrantes y refugiadas. Este artículo analiza el marco jurídico que posibilita la persecución penal, el llamado “Facilitators Package” de la UE que exige a los Estados miembros castigar penalmente la ayuda a entrar ilegalmente, aún sin ánimo de lucro. Los Estados pueden excepcionar de la persecución penal los comportamientos humanitarios, pero no están obligados a ello. Además, nos detendremos en la situación en el Mediterráneo central, donde la persecución a las ONG de salvamento ha sido especialmente intensa y se ha llevado a cabo desde las instituciones, cada vez más accesibles a organizaciones de ideario xenófobo. Se analizará por qué salvar vidas no puede ser un delito, pero impedirlo sí. Para concluir nos referiremos al estado de la cuestión en España desde la perspectiva normativa, jurisprudencial y política.

Palabras clave: criminalización de la inmigración, solidaridad, favorecimiento de la entrada irregular, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, fascismo.

* Investigadora principal del Proyecto Proyecto I+D+i “La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” (IUSMIGRANTE), [DER2016-74865-R (AEI/FEDER, UE)], en cuyo marco se ha elaborado este artículo.

ABSTRACT

One more tool in the fight of States against irregular migration is criminalising those who help migrants and refugees. This article analyzes the legal framework that allows criminal prosecution, the so-called EU “Facilitators Package” that requires member states to penalise and punish aid to illegal entry, even without profit. The EU may exclude from criminal prosecution humanitarian behavior, but they are not obliged to do so. In addition, we will focus on the situation in the central Mediterranean, where the persecution of rescue NGO has been especially intense and carried out by institutions increasingly accessible to xenophobic ideology organizations. This article also explores why saving lives is not a crime but avoiding doing so is. To conclude we will refer to this issue in Spain from the legal, jurisprudential and political perspective.

Keywords: crimmigration, criminalization of solidarity, facilitation of illegal entry, crimes against the rights of foreign citizens, fascism.

1. ¿De qué estamos hablando?

“Los defensores de las personas en movimiento se enfrentan a restricciones sin precedentes, incluidas amenazas y agresiones, denuncias en el discurso público y criminalización”. Así se consigna en el *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos*, presentado al Consejo de Derechos Humanos de la ONU en su 37º periodo de sesiones (26 de febrero a 23 de marzo de 2018).

Una estrategia en la guerra de los Estados contra la inmigración irregular es sancionar y perseguir a quienes auxilian a las personas migrantes y refugiadas, a quienes les socorren cuando están en peligro o les ayudan en las múltiples dificultades. Es lo que se conoce como criminalización de la solidaridad, de la fraternidad, de la hospitalidad [...], cualquiera sea el término que prefiramos para designar el deber ético, y en determinadas situaciones también jurídico, de auxiliar. Existen muchas formas de “criminalizar”, desde la estigmatización y desacreditación de las organizaciones, pasando por el entorpecimiento de su actividad con restricciones reglamentarias o de facto, llegando incluso a castigar jurídicamente sus conductas solidarias a través del Derecho administrativo sancionador, incluso a través del Derecho penal.

Prestaré especial atención al uso del Derecho penal, el instrumento más drástico en cuanto permite conceptualizar conductas solidarias como delito y perseguir como delincuentes a quienes las llevan a cabo. En muchos casos se solicita para estas personas gravísimas penas de prisión y, aunque finalmente pudieran resultar absueltos, la acusación penal comporta serios perjuicios económicos, profesionales y personales. Con esta persecución no se pretende solo castigar el caso concreto, sino también desincentivar a través de la amenaza

con el castigo, evitar que esas conductas solidarias puedan extenderse, estrechando con ello el círculo de la persecución alrededor de las personas “sin papeles”.

2. Algunos ejemplos

La criminalización de comportamientos solidarios no es una hipótesis, es un hecho constatado. Mencionaré algunos ejemplos.

En marzo de 2019 recibimos con alivio el archivo de la causa penal abierta contra la activista Helena Maleno por tráfico de personas por un tribunal de Tánger, donde reside. El delito por el que era investigada llevaba aparejadas importantes penas de prisión, que podían llegar incluso a cadena perpetua. La conducta supuestamente delictiva consistía en recibir llamadas de auxilio de pateras en peligro y derivar la información a los servicios de salvamento marítimo. También fueron procesados penalmente por un tribunal de Lesbos, Grecia, y finalmente absueltos tres bomberos sevillanos por acudir al rescate de refugiados sirios que trataban de alcanzar la isla de Lesbos, y al tiempo de redactar esta contribución está pendiente de juicio Miguel Roldán Espinosa, bombero especialista en rescates en el agua, que en junio de 2017 intervino como voluntario en operaciones de salvamento en el Mediterráneo central, a bordo del barco Iuventa. O más recientemente el caso de la alemana Carola Rackete, procesada conducir el barco que capitaneaba con 40 personas rescatadas al puerto de Lampedusa el 29 de junio de 2019 en contra de las órdenes de las autoridades italianas.

Asimismo, se ha castigado penalmente ayudar a transitar de un país a otro dentro de la Unión Europea. Lola Gutiérrez fue condenada a diecisiete meses de prisión, cuya ejecución fue suspendida por carecer de antecedentes, por haber intentado sacar de Grecia a un joven refugiado kurdo haciéndole pasar por su hijo, para que el joven pudiera reunirse con su familia. Mikel Zuloaga y Begoña Huarte intentaron sacar de Grecia en 2016, escondidos en su autocaravana, a varias personas refugiadas en situación vulnerable. Detenidos en la frontera fueron acusados de favorecimiento de la inmigración irregular con puesta en peligro de las personas. Decretada libertad provisional sin fianza, se encuentran todavía a la espera de juicio.

Cedric Herrou, granjero y activista francés, condenado en varias ocasiones por haber ayudado a migrantes africanos a cruzar la frontera italo-francesa (operativa a raíz de la “crisis de los refugiados”) y haberles proporcionado ayuda para trasladarse a otros puntos de Europa. Una de sus condenas dio lugar a la decisión de 6 de julio del 2018 del Consejo Constitucional francés que por primera vez declara la fraternidad como un valor constitucional.

Pero también se sancionan conductas en las que no aparece el elemento transfronterizo. Es el caso de la danesa Lisbeth Zornig, cuya infracción fue llevar en su coche en el otoño de

2015 a una familia de refugiados sirios a Copenhague, donde podían coger un autobús hacia Suecia, su país de destino y pagarles el billete. O, más recientemente, la persecución penal a Domenico Lucano, alcalde de Riace, un pequeño pueblo de Calabria asolado por la despoblación que acogió inmigrantes les cedió las casas abandonadas y promovió la creación de empleo para que pudieran quedarse¹.

3. El marco jurídico

Para entender el marco jurídico que posibilita la criminalización de la solidaridad, conviene repasar los conceptos de trata de seres humanos, de tráfico de inmigrantes y el de favorecimiento de la inmigración irregular. La trata (*trafficking in persons*) es comerciar con una persona, usarla como mercancía con fines de explotación. Para poder hablar de trata no es necesario el elemento transnacional, pero concurre en buena parte de los supuestos. La trata de seres humanos es un delito muy grave y la necesidad de su persecución penal no se discute.

El elemento definidor del tráfico de inmigrantes (*migrant smuggling*) es la obtención de un beneficio en el marco de la delincuencia organizada. El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que completa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, define el “tráfico ilícito de migrantes” como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio del orden material” [art. 3 a)], siendo que esta referencia al beneficio “se hizo para recalcar que la noción definida englobaba las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan motivados por el lucro, pero que quedaban excluidos de ella las actividades de todos aquellos que prestan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o de vínculos familiares estrechos. El protocolo no pretende criminalizar las actividades de familiares o de las organizaciones gubernamentales o agrupaciones de apoyo religiosas” (Grupo de trabajo sobre tráfico ilícito de inmigrantes, 2017). Es decir, el mencionado Protocolo tan sólo obliga a los Estados partes a tipificar como delito y perseguir el tráfico de inmigrantes en el marco de la delincuencia organizada y cuando concurre el mencionado beneficio, por lo que en modo alguno puede esgrimirse como base para castigar conductas de simple facilitación de la entrada ilegal.

La Unión Europea da ese paso hacia adelante en la criminalización y obliga a los Estados miembros a castigar penalmente cualquier favorecimiento de la inmigración, aunque no concurra ánimo de lucro, ni se realice por grupos criminales organizados, ni se lesionen los

¹ Puede consultarse la recopilación de casos contenida en Institute of Race Relation (2017). Otros ejemplos en *El País*, 5 de mayo de 2017, “Cuando la solidaridad con el refugiado deriva en una acusación de delinquir”. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2017/05/04/actualidad/1493905344_084910.html (acceso: 17 de agosto de 2019).

derechos de las personas. 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, a la circulación y a la estancia irregular, y la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, obligan a los Estados miembros a sancionar a “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” y también a “cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de 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” (art. 1.1 de la Directiva). Así, según este marco, serían punibles conductas como dar dinero desinteresadamente al migrante para costear la entrada irregular o señalarle el lugar más vulnerable de la valla, aunque no concurra ánimo de lucro ni se ponga en peligro a las personas. Al castigar cualquier favorecimiento de la entrada ilegal, la UE hace del derecho penal un instrumento para combatir no ya las conductas lesivas de los derechos de las personas migrantes, que las cosifican o que las ponen en peligro, sino para imponer una política migratoria de cierre de fronteras.

Si bien es cierto que la normativa europea no obliga a castigar comportamientos solidarios, tampoco impone la exención para estos casos. El art. 1.2 de la Directiva establece que “Los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria”. Sin embargo, esta posibilidad, de la que no todos los Estados miembros han hecho uso, no está impidiendo la persecución de comportamientos solidarios, que ha llegado al hostigamiento en países como la Hungría gobernada por Orbán o la Italia del exministro Salvini. En el siguiente epígrafe me detendré en este país y en la situación en el Mediterráneo central.

4. Especial consideración a la situación en el Mediterráneo central

Se utiliza el término “necropolítica” para mencionar la vertiente homicida de las actuales políticas migratorias. En concreto, la política europea de cierre de fronteras ha convertido el Mediterráneo en un gigantesco cementerio. Según el Proyecto Missing Migrants de la Organización Internacional de las Migraciones, desde 2014 hasta el 9 de septiembre habrían muerto en el Mediterráneo 14.119 personas. Son cifras que sin duda se quedan cortas, entre otras razones por la clandestinidad de estos viajes mortales, lo que hace que muchas muertes no sean denunciadas. Nunca podremos saber cuántas personas han perdido la vida intentando llegar a Europa a través de esta frontera.

Dejar morir a quienes debemos auxiliar, además de hostigar a quienes les socorren, es parte de esta “necropolítica”, que ha podido apreciarse con especial claridad en el Mediterráneo

central de mano del exministro del interior Matteo Salvini, que cerró los puertos italianos a los barcos con personas rescatadas y reprimió la labor de las organizaciones de salvamento, hasta el punto de que durante su mandato prácticamente desaparecieron de esta zona que la OIM considera la ruta migratoria más peligrosa del mundo.

Sin embargo, haríamos mal en considerar a Salvini el único responsable o en pensar que esta situación no viene de lejos. Tras la caída de Muamar el Gadafi en 2011, Italia se hizo cargo de la zona SAR (zona de salvamento y rescate que compete a cada país y que excede de sus aguas territoriales) de Libia y en buena medida también de la zona SAR de Malta, respecto a la cual había consenso en su excesiva amplitud. Tras impactantes naufragios Italia puso en marcha el programa *Mare Nostrum* para patrullar el Mediterráneo central en misión de salvamento. Esta misión, que según cifras de la marina italiana habría rescatado 189.741 personas, tan solo se prolongó durante el año 2014, siendo suprimida por su elevado coste (300.000 euros diarios), con los reproches del Gobierno italiano, encabezado por Matteo Renzi a la UE por no apoyar financieramente la operación ni contribuir en la acogida del elevado número de personas que estaban llegando a las costas italianas.

El vacío dejado por *Mare Nostrum* no fue llenado por las posteriores operaciones desplegadas por la UE, cuya misión prioritaria no era la de salvamento, ni intervenían en toda la zona. La última, la operación Sophia, ha sido suspendida temporalmente en marzo de 2019 por falta de acuerdo sobre el desembarco de los rescatados. El objetivo de la UE ha consistido más bien sellar la ruta, dificultar que las personas migrantes y refugiadas salieran de Libia con destino Europa y ello a pesar de la acreditada situación de violencia extrema que sufren estas personas en este país tanto a manos de agentes estatales como no estatales² y a pesar de que muchas de ellas no son migrantes económicos sino refugiados, por lo que la vuelta a sus países de origen no es una alternativa al infierno libio. A pesar de ello, con el fin de taponar la ruta, la Unión Europea ha buscado la colaboración con el denominado Gobierno de Unidad Nacional con base de Trípoli, uno de los grupos armados que luchan por el poder en Libia, dotándole de medios para que impidiera las salidas y para que la guardia costera libia retomara las labores de patrullaje y rescate. La culminación de esta estrategia puede verse en la recuperación de la zona SAR libia en el Mediterráneo central en junio de 2018, lo que supone reconocer a Libia la responsabilidad de coordinar las operaciones de salvamento en esta zona, que es donde más naufragios se producen, y ordenar a los barcos de salvamento dónde han de ser desembarcadas las personas rescatadas.

La exigencia de someterse a la guardia costera libia ha sido uno de los muchos problemas a los que han tenido que enfrentarse las organizaciones de salvamento marítimo que trataron de paliar el vacío dejado por *Mare Nostrum*. La obstaculización de sus labores llegó el paroxismo con el exministro de Interior Salvini, que consiguió aprobar normas

² Numerosos informes documentan esta situación de violencia en Libia. Entre ellos podemos destacar el impactante informe de Naciones Unidas, *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation in Libya*, 18 de diciembre de 2018. O también el informe de Human Rights Watch: *No escape from hell. EU Polices contribute to abuse of migrants of Libya*, 21 de enero de 2019.

criminalizadoras, la última el denominado “Decreto Seguridad Bis”, que endurecía las sanciones a las organizaciones que entraran, transitaran o atracaran en aguas territoriales italianas. Todo ello sin perjuicio del uso del derecho penal, habiendo acusado en ocasiones los fiscales italianos de delitos de favorecimiento de la inmigración irregular o incluso de tráfico de inmigrantes a los capitanes y tripulación de los barcos de rescate, aunque hasta el momento ninguna de estas acusaciones ha terminado en condena.

5. Salvar vidas no puede ser delito, impedirlo sí

El episodio del pasado verano de 2019 con el Open Arms, con más de un centenar de personas a bordo, y la negativa del exministro Matteo Salvini a dejarles desembarcar en puerto italiano³, avivó la polémica en nuestro país sobre el papel de estas organizaciones de salvamento. Quisiera llamar la atención sobre el argumento esgrimido, no solo por sectores abiertamente xenófobos, para justificar que se prohíba a estas asociaciones operar en el Mediterráneo central y que se las pueda sancionar por su conducta. Se argumenta que la presencia de las organizaciones de salvamento en el Mediterráneo central, y con ellas la perspectiva de ser rescatado, alienta a las personas migrantes y refugiadas que quieren salir de Libia a lanzarse al mar y alentaría también a los traficantes con los cuales, de esta manera, se estaría colaborando.

Este argumento, a pesar de su aparente lógica y sencillez, esconde una auténtica perversión moral. Si la presencia de actividades de salvamento anima a las personas migrantes y refugiadas a lanzarse al mar, la conclusión sería la necesidad de suprimir cualquier operación de salvamento y no sólo las organizadas desde la sociedad civil; supondría, en definitiva, dejar morir como estrategia de política migratoria. Llegados a este punto, no debería ser necesaria mayor explicación para fundamentar lo inasumible de la estrategia, no obstante, apuntaré algunas ideas.

En primer lugar, la lógica de la eficacia no puede por sí sola justificar cualquier medida. Aun aceptando que el cierre de puertos y la drástica reducción de operaciones de salvamento en la zona pudiera haber contribuido a la disminución de llegadas a las costas italianas - de esta disminución alardeaba Salvini como un logro de su política -, el vaporoso fin del mantenimiento de los estándares europeos de bienestar o el aseguramiento de la identidad e integridad cultural europea, que se supone perseguiría la política de cierre de fronteras, en modo alguno puede prevalecer sobre el primero de los derechos del ser humano: el derecho a la vida; derecho que no solo se lesiona matando, sino también dejando de auxiliar y también impidiendo que otros salven vidas.

³ El episodio se saldó de momento con la intervención del fiscal de Agrigento, que ordenó la incautación de la nave y el desembarco del pasaje tras 20 días en el barco, y ello en el marco de una investigación abierta por presunto delito de detención ilegal de las personas retenidas.

El deber de auxiliar no es solo un deber moral. Es una obligación consagrada en el Derecho marítimo, que obliga no solo a los individuos, sino también a los Estados [art. 98 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982 (Convención CONVEMAR), la Regla 33 del Capítulo V del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida en el Mar, de 1974 (Convenio SOLAS), o el art. 2.1.10 del Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos, de 1979 (Convenio SAR)].

Es más, penalmente el no auxiliar pudiendo hacerlo es un delito. Todo los Códigos penales que conozco, con diferentes denominaciones y redacciones, contienen el delito de omisión del deber de socorro, que castiga - en la redacción del artículo 195 del Código Penal español - a quien “no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros”, deberes que conciernen no solo a quienes se encuentran físicamente con las personas en peligro, sino también a quienes tienen noticias de la situación y pudiendo hacerlo, no actúan; a los capitanes de barco, pero también a los responsables de la toma de decisiones como la de no gestionar o transmitir una llamada de socorro. No auxiliar pudiendo hacerlo en nuestro Código Penal puede ser castigado no sólo como un delito de omisión del deber de socorro, sino incluso como un homicidio en comisión por omisión cuando se tiene un deber jurídico previo de actuar, de evitar esas muertes.

Salvar vidas no puede ser un delito, por mucho que tales labores pudieran interpretarse como un “favorecimiento de la inmigración” y por mucho que los ordenamientos penales no recogieran expresamente la exención penal de actuar por motivos humanitarios, cosa que como veremos sí hace el Código Penal español. Quien se enfrenta a la prohibición de realizar labores de rescate, se encuentra ante un conflicto de deberes: el de salvar vidas, de un lado, y de otro el acatar una prohibición, que además tiene tacha de ilegítima. Sin ninguna duda es el deber de salvar vidas el que ha de prevalecer, y en este sentido el artículo 20.5 del Código Penal español establece que queda exento de responsabilidad penal “el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar [...]”. Basten estas pinceladas para argumentar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, rescatar personas en dificultades en el mar, no puede ser un delito.

Organizaciones de ideología xenófoba acceden cada vez con más facilidad a las instituciones y se observa la deriva antiinmigración de muchos gobiernos, no solo de la UE, y su propensión a castigar conductas solidarias. Hemos de estar alerta, pues como nos muestra Ingo Müller en su libro “Los juristas del horror”, en la Alemania nazi se fueron legalizando prácticas de hecho manifiestamente ilegales, de tal manera que muchas de las atrocidades del nacismo se hicieron con perfecto apego a la ley. Hay normas que son tan intrínsecamente ilegítimas que su desobediencia, más allá de un arma de protesta y de incidencia política, se convierte en un deber moral.

6. ¿Qué está pasando en España?

No quisiera concluir esta aportación sin un sucinto trazo sobre la situación en nuestro país. El delito de favorecimiento de la inmigración irregular, bajo la rúbrica de delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, está regulado en el artículo 318 bis del Código Penal, reformado en múltiples ocasiones, la última a través de la Ley Orgánica 1/2015 de modificación del Código Penal, que rebajó sustancialmente las penas (hasta entonces el simple favorecimiento se castigaba con pena de prisión de cuatro a ocho años) e introdujo como delito el castigo de la ayuda, con ánimo de lucro, a la permanencia irregular. El tenor actual del art. 318 bis, en lo que hace a su tipo básico a partir del que se introducen ulteriores agravaciones, es el siguiente:

- 1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.*
- 2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.*

Además, el art. 311bis del Código Penal es también susceptible de ser utilizado para la persecución de comportamientos solidarios, en cuanto castiga a quien de forma reiterada emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo o a un menor de edad que carezca de dicho permiso, sin que para la aplicación del precepto sea necesario un abuso o lesión de los derechos del trabajador. Por otra parte, y ya dentro del ámbito del Derecho administrativo sancionador, la Ley de Extranjería - además de sancionar conductas coincidentes con los delitos mencionados - contiene preceptos que podrían castigar proceder solidarios. Así, por ejemplo, el proporcionar una carta de invitación y mantener a su cargo al extranjero cuando expira su visado o autorización (53. 2. c) LOEx), o consentir la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal por parte del titular de una vivienda si dicha vivienda no constituye el domicilio real del extranjero (53. 2. d) LOEx).

Un repaso por la jurisprudencia penal nos llevaría a pensar que no acostumbra a hacerse uso del Derecho penal para castigar comportamientos solidarios. Pero haríamos mal en no preocuparnos, por varias razones. En primer lugar, el que no trascienda el castigo de comportamientos solidarios, no quiere decir que no exista y que en ocasiones no se identifiquen como tales supuestos que podrían interpretarse desde esta perspectiva. Permítase poner un conocido ejemplo.

Probablemente, el lector recuerde el caso de Adou, “el niño de la maleta”. El 7 de mayo de 2015 fue detectado en el escáner del puesto de control de Tarajal, Ceuta, un niño en el interior de una maleta. Era Adou. Allí, su padre, había abandonado por motivos políticos Costa de Marfil y en 2006, tras un peligroso y largo periplo, llegó a Fuerteventura, donde encontró trabajo, regularizó su situación y consiguió traer a su esposa y a una hija, pero por tres veces le fue denegada la reunificación del pequeño Adou, que seguía en Costa de Marfil en una difícil situación. Desesperado, Alí contactó con un individuo que por 5000 euros le prometió conseguir un visado que permitiría la entrada de Adou por el aeropuerto de Barajas, pero el trato tuvo el desenlace ya conocido (más información sobre el caso Castellano, 2017). Alí fue detenido e incomprensiblemente decretada su prisión preventiva, situación en la que estuvo un mes. Finalmente, el Fiscal modificó su escrito de acusación provisional, calificando los hechos como un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, previsto y penado en el art. 318 bis, 1 y 2 del Código Penal, suprimiendo del relato de los hechos la agravación específica del peligro para la vida y considerando la atenuante muy cualificada de parentesco, solicitando la pena de 3 meses y 22 días de multa, pena a la que el padre de Adou prestó su conformidad, dictándose sentencia condenatoria (Sentencia, de 20 de febrero de 2018, de la Audiencia Provincial de Ceuta). Hubiera sido un caso para la aplicación de la excusa absolutoria de actuar por motivos humanitarios.

Llama la atención la falta de resoluciones judiciales que hayan aplicado la excusa absolutoria de prestación de ayuda humanitaria que recoge expresamente el art. 318 bis 1, segundo párrafo. Sólo he encontrado la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 261/2017, de 6 de abril, (ponente Andrés Palomo del Arco), que resuelve el caso de un padre que trae a su hija a España con un visado de turismo, pero con la intención de que se quede de forma permanente una vez venza el visado. Esta sentencia, apoyando también la absolución en la ausencia de un necesario plus de antijuridicidad - que no concreta - en el ilícito penal frente al ilícito administrativo, concluye que “en todo caso, dada la relación familiar directa, con finalidad exclusiva de reagrupación familiar, la hija de muy corta edad y el padre del coacusado, concurre de modo inequívoco la excusa absolutoria de ayuda humanitaria, que excluye la punibilidad” (FJ 9).

No debemos despreocuparnos del riesgo de criminalización de comportamiento solidarios además porque, como se ha expuesto en este epígrafe, tenemos normas idóneas para perseguir penalmente conductas solidarias y basta con que se ejerza la acción penal para que - con independencia del resultado final -, a quienes llevan a cabo esas tareas, se les pueda complicar la vida.

La extrema derecha, también en nuestro país, ha traído con ella a las instituciones un discurso criminalizador de la solidaridad. Un claro ejemplo es la Proposición no de ley del Grupo Parlamentario Vox presentada en el Parlamento de Andalucía, que torticeramente vincula un incremento de los muertos en El Estrecho y el Mar de Alborán con un supuesto incremento de las embarcaciones de salvamento. Según este grupo parlamentario, los datos “no solamente evidencian que la presencia de *salvadores* pone en grave riesgo la vida de los inmigrantes, sino que también es una clara evidencia de que los operativos de

Salvamento Marítimo podrían estar actuando como verdaderos taxis en el Mediterráneo [...]. De un lado, existe un presunto favorecimiento de la inmigración irregular por algunas oenegés que deberían ser investigadas, y un comportamiento presuntamente irregular por parte de los operativos de Salvamento Marítimo que cada vez se prestan más a las ocultas intenciones de estas supuestas organizaciones humanitarias”. O la denuncia ante la fiscalía, por parte del mismo partido, de la asociación Open Arms a raíz del rescate y el polémico desembarco de migrantes la isla de Lampedusa acontecidos el pasado verano de 2019. La proposición no de ley fue afortunadamente rechazada y probablemente la denuncia ante la fiscalía no prospere, pero el discurso criminalizador respecto a quienes rescatan y ayudan a personas migrantes y refugiadas ya ha empezado a propagarse con fuerza.

BIBLIOGRAFÍA

Castellano, N. (2017): *Me llamo Adou. La verdadera historia del niño de la maleta que conmovió al mundo*, Barcelona, Planeta.

Grupo de trabajo sobre tráfico ilícito de inmigrantes, (2017): “Examen del elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” en la definición de tráfico ilícito de migrantes”, presentado a la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Viena, 11 a 13 de septiembre de 2017.

Human Rights Watch (2019): *No escape from hell. EU Polices contribute to abuse of migrants of Libya*, 21 de enero. Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2019/01/21/no-escape-hell/eu-policies-contribute-abuse-migrants-libya> (acceso: 8 de noviembre de 2019).

Institute of Race Relations (2017): *Humanitarianism: the unacceptable face of solidarity*, London. Disponible en: <http://www.irr.org.uk/publications/issues/humanitarianism-the-unacceptable-face-of-solidarity/> (acceso: 8 de noviembre de 2019).

Organización Internacional de las Migraciones (2019): *Missing Migrants. Tracking death along migratory routes*. Disponible en: <https://missingmigrants.iom.int/> (acceso: 8 de noviembre de 2019).

Organización de Naciones Unidas (2018): *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation in Libya*. Disponible en: <https://reliefweb.int/report/libya/desperate-and-dangerous-report-human-rights-situation-migrants-and-refugees-libya> (acceso: 18 de diciembre de 2018).

Relator especial sobre la situación de los derechos humanos (2018): *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, presentado en la 37ª sesión del Consejo de Derechos Humanos del 26 de febrero al 23 de marzo de 18, (A/HRC/37/51).