

*Revista Crítica Penal y Poder*  
2019, nº 18  
Diciembre (pp. 172-181)  
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos  
Universidad de Barcelona



## **¿LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS O LA POLÍTICA MIGRATORIA? APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE AYUDA A LA INMIGRACIÓN IRREGULAR**

*RIGHTS OF FOREIGNERS OR MIGRATION POLICY? A CASE LAW APPROACH TO THE PROTECTED  
RECHTSGUT IN THE FACILITATION OF ILLEGAL MIGRATION*

**Francisco Salvador de la Fuente Cardona\***

*Investigador Predoctoral UCM  
Universidad Complutense de Madrid*

### **RESUMEN**

*El delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular, contenido en el tipo básico del art. 318 bis del Código Penal español, ha sido objeto de sucesivas reformas que han ido condicionando la exégesis de su objeto de protección. Las principales alternativas que se han ofrecido serían, por un lado, sostener que el delito protege los derechos de los ciudadanos extranjeros enunciados en la rúbrica del Título XV bis del Código Penal o, alternativamente, el ejercicio de soberanía estatal que representa la política migratoria. Tras las últimas reformas, la doctrina mayoritaria opta por esta segunda opción, aunque no sin críticas a su débil legitimidad. Atendamos ahora a la práctica, ¿cuál es la postura jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo?*

**Palabras clave:** extranjeros, política migratoria, inmigración irregular, jurisprudencia.

\* Miembro del 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

*The facilitation of illegal migration, regulated in art. 318 bis of the Spanish Criminal Code, has been subject to several modifications that have made conditional the exegesis of its object of protection. The most meaningful interpretations offered would be, on the one hand, the comprehension of this crime as a tool to protect the rights of foreigners, which are announced in the Title XV bis of our Criminal Code, where this crime is located. And, on the other hand, to observe the facilitation of illegal migration as a way to protect the migration policy of the states. After the aforementioned modifications, the Spanish academia support this second view, although they criticized its weakened legitimacy. However, what is happening in the praxis? What is the position of our Supreme Court?*

**Keywords:** foreigners, migration policy, irregular migration, case law.

### 1. Introducción

Hace ahora casi veinte años, la Disposición Final 2ª de la LO 4/2000 introducía en el Código Penal español el Título XV bis rubricado “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, tratando de dar respuesta a una realidad migratoria que, en auge desde finales del S.XX, estaba mereciendo la atención y cooperación de los gobiernos. Las dificultades para la entrada en los Estados de destino, a los que España se acababa de sumar, comenzaban a convertir la inmigración irregular en una de las actividades a que se empleaban los grupos criminales, atraídos por unos beneficios que han ido ascendiendo a millones de dólares (UNODC, 2018). Así, la regulación española seguía la estela de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos adicionales (2000) y se adelantaba a la cristalización de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (1999) en la Directiva 2002/90/CE y en la DM 2002/946/JAI.

Desde su introducción, el Título XV bis está configurado por un único artículo integrado por un tipo básico que constituye el delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular sin ánimo de lucro<sup>1</sup>, varios supuestos agravantes, un subtipo atenuado (desde LO 11/2003) y una excusa absolutoria por razones humanitarias (desde LO 1/2015), entre otras previsiones. Durante sus ya casi veinte años de vigencia, ha sido una constante el debate doctrinal y la vacilación jurisprudencial en torno a la exégesis de su objeto de protección pues, principalmente, la letra del tipo y la rúbrica del Título XV bis permiten interpretaciones alternativas.

<sup>1</sup> Desde un comienzo, por tanto, la normativa española y europea irían un paso más allá de la noción de *smuggling of migrants* prevista en el art. 3 (a) del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, ya que este exige la finalidad de obtener un beneficio financiero o de orden material. De ahí que el tipo básico del art. 318 bis sea el delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular y el tráfico de personas sea el tipo agravado. Ello no ha impedido que su objeto de protección se atisbe coincidente con nuestro Título XV bis: “el propósito del presente Protocolo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes [...] protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico” (art. 2).

Hasta la reforma operada por LO 1/2015, el tipo básico, que es nuestro objeto de estudio, estaba redactado a través de los amplios verbos típicos “promover, favorecer y facilitar” la conducta de “tráfico ilegal” y, desde 2003, la “inmigración clandestina”, lo que le aproximaba a un concepto unitario de autor (García Álvarez, 2014: 7). Inicialmente, un sector de la doctrina trataba de interpretar restrictivamente el tipo básico del art. 318 bis identificando la noción de “tráfico ilegal” con la intermediación o con el comercio de personas y su bien jurídico protegido con los derechos de los extranjeros víctimas de dicho tráfico (Laurenzo Copello, 2003). Esta interpretación se vio dificultada por la introducción en 2003 de la expresión “inmigración clandestina”, concepto que desbordaba la idea de comercio de personas y se centraba en su mero traslado, impidiendo que el único bien jurídico protegido fuesen los enunciados derechos de los ciudadanos extranjeros. Tuvo que reconocerse la concurrencia de una política migratoria basada en el control de los flujos de personas (García Sánchez, 2005: 859-860).

Durante este tiempo, la jurisprudencia admitió la amplitud de comportamientos abarcados por tal configuración del delito. En este sentido, podemos señalar la STS 400/2018, 18 de septiembre, que recuerda el alcance de los recién derogados elementos típicos “tráfico ilegal” e “inmigración clandestina”. Así, señala que

*con independencia de la posible coincidencia entre ambos, no tienen la misma significación jurídica. Por tráfico ilegal se ha entendido cualquier movimiento de personas extranjeras que contravenga la legislación española sobre inmigración. De modo que el tráfico ilegal no es solo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad. Se ha considerado migración clandestina cualquier burla, más o menos subrepticia, de los controles legales de inmigración, fuera también de cualquier autorización administrativa.*

Sentado lo anterior, la última reforma de 2015 introduce en el art. 318 bis el tenor de la Directiva 2002/90/CE y ahora castiga al “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” [cursivas nuestras]. También se eleva a delito la ayuda a la permanencia con ánimo de lucro.

Esta modificación podría ayudar a cerrar el debate sobre el bien jurídico protegido en el delito de favorecimiento de la inmigración irregular. La doctrina mayoritaria parece tenerlo claro: el bien jurídico protegido es la política migratoria de nuestros Estados (Martínez Escamilla, 2007: 64 y ss.; Pomares Cintas, 2015: 18). Ahora bien, ¿cuál está siendo la postura jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo?

## **2. Aproximación a una doctrina jurisprudencial divergente: ¿se protegen los derechos de los ciudadanos extranjeros o la política migratoria?**

En primer lugar, y antes de dar entrada a la práctica del Tribunal Supremo español, debemos recordar que la identificación o concreción del bien jurídico protegido en un delito es de una importancia vital en el plano interpretativo por las consecuencias prácticas que traerá. Esta delimitación contiene especial relevancia en una materia como la migratoria por la gran diferencia que constituye su aproximación con un enfoque de derechos humanos, en el que se observa al inmigrante como víctima, frente a un enfoque defensivo que trata al inmigrante como mero objeto de un delito que atenta contra los intereses del Estado.

En línea con lo anterior, nuestro legislador pareciera haber decidido reservar al Derecho penal la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros y a las correspondientes infracciones de la LOEx la política migratoria. Esta pretendida diferenciación entre el plano administrativo y penal, adelantamos que formal, se va a reflejar en una jurisprudencia vacilante que, ante supuestos difíciles, normalmente priorizará la protección de nuestro orden socioeconómico y cultural a través de la configurada política migratoria. Ahora bien, hay que reconocer que el legislador no lo ha puesto fácil porque ha conservado una rúbrica que invita a una interpretación diferente de la que se derivaría del tenor literal del art. 318 bis.

Desde 2015, aunque ya se intuye desde la tipificación autónoma de la trata en 2010, existen dos líneas interpretativas del bien jurídico protegido en el delito de favorecimiento de la inmigración irregular. La primera de ellas identificamos que es la mayoritaria, siguiendo de alguna manera la inercia de anteriores pronunciamientos que se mostraban en sintonía con la Exposición de Motivos que precedía la reforma llevada a cabo por LO 11/2003: el art. 318 bis se encaminaría a “combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino”. Esta postura se caracteriza porque ve el delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular como un delito pluriofensivo que, de un lado, protege una política migratoria basada en el control de los flujos migratorios y, de otro, los derechos de los ciudadanos extranjeros a que se refiere la rúbrica del Título XV bis en que se ubica.

En este sentido, se señala que el tráfico ilegal de personas encierra una “dimensión pluriofensiva que proyecta sus efectos, de modo especial, sobre aquellos que, mediante el abandono de sus comunidades de origen, buscan la mejora de sus condiciones personales y laborales” (STS 11/2018, de 15 de enero); que tras la reforma llevada a cabo por LO 1/2015, el tipo básico del artículo 318 bis protege “principalmente el interés del Estado en el control de los flujos migratorios” pero ello no obsta a que “el precepto siga 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, lo que impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico” (STS 108/2018, de 6 marzo); de este modo, “será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para tales derechos” (STS 388/2018, de 25 de julio). La STS 400/2018, de 12 de septiembre, afirma también que en el bien jurídico protegido en el delito de

favorecimiento de la inmigración irregular confluyen “el interés general del Estado de controlar los flujos migratorios, evitando que estos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada” y “el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los emigrantes” (también STS 482/2016, de 3 de junio). Esta protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros tendría, por tanto, un carácter más “colateral” (STS 214/2017, de 29 de marzo; STS 420/2016, de 18 de mayo).

Frente a esta postura, otro grupo de pronunciamientos se inclina por entender que el bien jurídico protegido es en exclusiva la política migratoria del Estado, descansando la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros en los subtipos agravados y en el delito de trata de seres humanos del art. 177 bis, introducido tras la reforma operada por LO 5/2010. De hecho, el Preámbulo de esta LO ya advertía que, en cuanto al bien jurídico protegido, en el delito de ayuda a la inmigración irregular predomina “la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios”.

Así, se ha señalado que “el art. 318 bis protege ahora el bien jurídico consistente en el interés del Estado -y de la Unión Europea- en el control de los flujos migratorios” que expresamente califica como “bien colectivo o supraindividual” (STS 144/2018, de 22 de marzo). Para esta línea jurisprudencial, tras la reforma de 2015 ha de acogerse con gran reserva la aplicación de su doctrina anterior porque el sentido y la finalidad del delito han sido modificados sustancialmente. La STS 188/2016, de 4 de marzo, señala que, con la nueva redacción del art. 318 bis, lo único que se pretende es sancionar “conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea [...] 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 solo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o de la integridad del inmigrante “se atiende, además, al bien jurídico pregonado en la rúbrica del título” (STS 512/2016, de 10 de junio; STS 536/2016, de 17 de junio; STS 807/2016, de 27 de octubre).

Esta distinción entre líneas jurisprudenciales tendría gran relevancia práctica si los derechos de los ciudadanos extranjeros se hubiesen tomado como *ratio decidendi* allí donde se afirman, especialmente en casos de ayuda a la inmigración por motivos de “solidaridad”. Nos parece que, en cambio, ha prevalecido la protección de los intereses estatales en el control de los flujos migratorios, convirtiendo la política migratoria y la legalidad de la entrada en sus ejes decisorios.

### **3. Las no consecuencias de una apreciación eminentemente formal**

Sentado lo anterior, la hipótesis de la que partimos en este trabajo es que la distinción entre ambas corrientes jurisprudenciales es, en la mayoría de los casos, meramente formal. Observamos que la afirmación de los derechos de los ciudadanos extranjeros, como bien jurídico protegido, no ofrece las consecuencias propias a su auténtica consideración.

Entre las sentencias examinadas, encontramos alguna excepción a dicha hipótesis como las SSTs 261/2017 o 569/2006. Quizás la sentencia más expresiva de las consecuencias prácticas que supone reconocer los derechos de los ciudadanos extranjeros como bien jurídico es la STS 466/2012, de 28 de mayo. Ella tiene lugar tras recurso de casación presentado por el Ministerio Fiscal ante la absolución dictada por la AP de Asturias. Se trataba de varios nacionales guatemaltecos que asesoraron a compatriotas en el sorteo de los controles aduaneros aeroportuarios, acogiendo a su llegada a España y facilitándoles un contacto para comenzar a trabajar cuando, en realidad, tenían visado de turista. Entre los argumentos que expresa el TS para confirmar la sentencia destaca que “ni en la forma de desplazarse - avión- ni en el tratamiento recibido se detecta el más mínimo atisbo de menosprecio por la dignidad de los ciudadanos; y el tipo penal reclamaría una lesión no solo del interés estatal en el control de los flujos sino también cierta afectación, aunque sea muy indirecta, de bienes jurídicos más individuales”. Frente a una mayoría de sus resoluciones, el TS identifica aquí no solo la legalidad de la entrada sino también la dignidad de estas personas como interés verdaderamente tutelado por el precepto, admitiendo que cuando esté ausente esta dimensión protectora del art. 318 bis “hay base para cuestionar la adecuación típica”.

Lamentablemente, no hemos podido constatar que exista, salvo pronunciamientos muy aislados, una línea jurisprudencial en este sentido. Desde la reforma de 2010, cuando se reguló autónomamente la trata de seres humanos en el art. 177 bis y se suprimió el tráfico ilegal con fines de explotación sexual, observamos varios patrones.

En primer lugar, con respecto a la dignidad, la libertad y la seguridad del extranjero, identificamos un grupo mayoritario de sentencias en que se define el favorecimiento de la inmigración irregular como un delito pluriofensivo, aunque a la hora de resolver solo se pondere el bien jurídico “política migratoria” a través del examen de la legalidad de la entrada<sup>2</sup>. En segundo lugar, y subyaciendo el derecho a la integración, hemos encontrado algunos pronunciamientos en los que su puesta en peligro abstracta se produce con la ilegalidad de la entrada y la consiguiente privación del estatuto jurídico que le correspondería como inmigrante regular. Esto ya no sería ignorar los afirmados derechos, sino admitir como exclusivo el bien jurídico “política migratoria”<sup>3</sup>. Y, en tercer lugar, como indicio que coadyuva a la confirmación de esta hipótesis, encontramos un grupo de sentencias que reconocen que el objeto de protección del art. 318 bis es el control estatal de los flujos migratorios, precisamente por ser supuestos en que concurre el delito de trata de seres

<sup>2</sup>Entre otras, STS 108/2018, de 6 de marzo [RJ/2018/1703]; STS 214/2017, de 29 de marzo [RJ/2017/1936]; STS 420/2016, de 18 de mayo [RJ/2016/2137]; STS 482/2016, de 3 de junio [RJ/2016/2748]; STS 23/2015, de 4 de febrero [RJ/2015/2792]; STS 569/2006, de 19 de mayo [RJ/2006/3672]; STS 1087/2006, de 10 de noviembre [RJ/2006/3331]; SAN 29/2017, de 19 de octubre [JUR/2017/271885].

<sup>3</sup>Entre otras, STS 503/2014, de 18 de junio [RJ/2014/3711]; STS 678/2014, de 23 de octubre [RJ/2014/5025]; STS 1378/2011, de 14 de diciembre [RJ/2012/453] para la que “en definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas”.

humanos, pareciendo quedar más tranquila la conciencia del juzgador por reposar en esta la protección de sus bienes más personales<sup>4</sup>.

Entre las sentencias del primer grupo, esto es, entre las que afirman la concurrencia de ambos objetos de protección, pero no concretan la puesta en peligro de los mencionados derechos de los ciudadanos extranjeros, podemos señalar la STS 482/2016, de 3 de junio. En ella se condena a Bárbara por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en la modalidad de ayuda a la permanencia irregular con ánimo de lucro -art. 318 bis 2. Los hechos probados relatan que Bárbara se dedicó a contactar con mujeres rumanas, búlgaras y ucranianas que venían a España con visado de turista y a las que, una vez llegaban a Málaga, ofrecía alojamiento. Posteriormente, les buscaba empleo como trabajadoras del hogar a cambio de una cantidad que solía ser la mitad de su primer sueldo. A lo largo de la sentencia se señala que en el bien jurídico protegido confluyen el interés general del Estado en controlar los flujos migratorios y el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los inmigrantes. Ahora bien, estos no se toman en consideración para concluir la tipicidad de la conducta: Bárbara “favoreció y facilitó su inmigración clandestina al aportar los elementos necesarios para hacer posible su entrada y permanencia en condiciones de ilegalidad, por lo que su comportamiento integra *todos* los presupuestos del tipo penal aplicado” (cursivas nuestras).

En este mismo sentido, la SAN 29/2017, de 19 de octubre, relata que Baldomero propuso a varios ciudadanos iraníes, carentes de la documentación legal pertinente, la posibilidad de permanecer en España a cambio de una determinada cantidad de dinero. La Audiencia Nacional indica que para la aplicación del art. 318 bis se exige que, junto al interés del Estado en el control de los flujos migratorios, “ya protegido mediante la acción administrativa”, los derechos de los ciudadanos extranjeros se vean “seria y negativamente afectados por la conducta, sea de un modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable”. Pese a ello, la AN no concreta qué derechos de los ciudadanos se ven afectados y se limita a afirmar la subsunción de la conducta en el tipo básico del art. 318 bis.

En segundo lugar, hay otro grupo de pronunciamientos que nos conducirían a una *contradictio in terminis*, en los que es la ilegalidad de la entrada o estancia la que pone en peligro los derechos de los ciudadanos extranjeros, subyaciendo como objeto de protección, al menos parcialmente, un derecho a la integración de los inmigrantes que también preside la rúbrica de la Ley de extranjería. En estos casos, su puesta en peligro abstracta se produciría en tanto la entrada o el tránsito por nuestro país es irregular, pues el inmigrante queda privado del ejercicio de los derechos, del estatuto jurídico de regular, que en caso contrario disfrutaría y permitirían su plena integración. En fin, el injusto penal no se derivaría de la infracción de normas relacionadas con los derechos de los inmigrantes en tanto personas o trabajadores,

<sup>4</sup>Entre otras, STS 188/2016, de 4 de marzo [RJ/2016/740]; STS 295/2016, de 8 de abril [RJ/2016/1578]; STS 659/2016, de 19 de julio [RJ/2016/3419]; STS 807/2016, de 27 de octubre [RJ/2016/5173]; STS 298/2015, de 13 de mayo [RJ/2015/1878] aunque en casación se rechazó la trata subyace la idea de que la dignidad no es protegida por el art. 318 bis; STS 861/2015, de 20 de diciembre [RJ/2015/6204].

sino “que se deriva del hecho de la inmigración ilegal, esto es, de la negación de normas administrativas que regulan la entrada y estancia ilegal en nuestro país” (Miró Llinares, 2008: 18).

En este sentido, la STS 678/2014, de 23 de octubre, resulta oportuna. Relata que Emiliano, oficial administrativo en el Centro de Información de Trabajadores Extranjeros de CCOO en Santiago de Compostela, realizó tareas de intermediación laboral para satisfacer las demandas de trabajadores que le plantearon empresarios gallegos. Para ello, estableció relación y captó a ciudadanos marroquíes a los que ofrecía dichas ofertas y orientaba en los trámites legales. Sin embargo, a cambio les exigía una contraprestación económica. La AP de Coruña le condenó por un delito del art. 318 bis tipo básico y recurre en casación por aplicación indebida de dicho delito. El TS recuerda que este delito no solo protege la política migratoria porque “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”. Ahora bien, en tanto los ciudadanos extranjeros habían entrado legalmente y se iban a incorporar a una actividad laboral real y ajustada a la ley, “estaban en condiciones de ejercitar sus derechos como cualquier otro ciudadano extranjero”. Para el tribunal la conducta de Emiliano “no incide negativamente en los derechos de los trabajadores como ciudadanos extranjeros, pues, a pesar de aquella conducta ilícita [conforme al RD 5/2000], su situación en España era regular”. Y esta legalidad de la entrada es la *ratio* que justifica su absolución.

Estando de acuerdo con la solución aquí alcanzada, entendemos que si se protege el estatuto jurídico del inmigrante regular y es su ausencia la que determina la tipicidad de la conducta, de poco sirve entender que toda entrada ilegal pondrá en peligro abstracto el subyacente derecho a la integración, pues se impide cualquier interpretación restrictiva, con base en sus derechos, de conductas formalmente subsumibles en el tipo, pero inocuas para estos.

Por último, hay un tercer motivo que rema a favor de esta apreciación de los derechos de los ciudadanos extranjeros como algo meramente formal en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Resulta esclarecedor que esta tienda a admitir que el bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular es una política migratoria basada en el control de los flujos migratorios, precisamente, en aquellos supuestos en que concurre una situación de trata, figura delictiva que ya protege sus bienes más personales. Un ejemplo de estos pronunciamientos lo encontramos en la STS 188/2016, de 4 de marzo, que relata un supuesto de trata en el que los acusados captaron a varias mujeres peruanas mediante ofertas ficticias. Estos facilitaron su entrada en España con el propósito de explotarlas a través de la prostitución. Lo interesante es destacar que, pese a que “estos hechos podrían haber fundamentado una sentencia por delito de trata, que ahora no puede ser objeto de análisis por no haber sido objeto de acusación y debate [solo se acusó ex art. 318 bis]”, al Tribunal Supremo pareciera que le cuesta menos admitir que lo único que sanciona este delito 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 solo en los subtipos agravados se atiende además “al bien jurídico pregonado en la rúbrica del Título”. Del mismo modo, la STS 659/2016, de 19 de julio, señala que “en el actual artículo 318 bis [se] protege el interés del Estado en el control de los flujos migratorios” y en el art. 177 bis “la dignidad y la integridad personales de las víctimas de estos hechos”.

Lo dicho hasta ahora sirve para poner de manifiesto algo que un importante sector de la doctrina científica viene advirtiendo, sino denunciando, desde hace más de una década: el tipo básico del art. 318 bis, esto es, el delito de favorecimiento de la inmigración irregular únicamente protege el interés del Estado en el control de los flujos migratorios. 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.

#### **4. Nuevos esfuerzos interpretativos para restringir su ámbito de aplicación: ante el bien jurídico “política migratoria”**

Del mismo modo que la doctrina, los tribunales no son ajenos a la débil legitimidad del delito de favorecimiento de la inmigración irregular. Esto ha hecho que, principalmente desde la reforma de 2015, encontremos sentencias que opten por buscar limitaciones al ámbito de aplicación de este tipo, contribuyendo a delimitar una esfera de responsabilidad penal y administrativa que, a través de la expresión típica “de un modo que vulnere” la regulación de entrada y tránsito en nuestro país, tiende a la equiparación. Vamos a señalar algunos elementos contenidos en sentencias recientes que pueden servir a tal finalidad, aunque debemos reconocer que no todas las sentencias que mencionamos se deciden por admitir como único objeto de protección el control de los flujos migratorios.

Con carácter general, la preocupación que subyace a la actual redacción del art. 318 bis es que “no puede aceptarse una total asimilación de la respuesta penal con la administrativa” (STS 536/2016, de 17 de junio). La nueva conducta típica “conlleva el riesgo de desbordar la naturaleza fragmentaria del Derecho penal, obviando la necesaria diferenciación entre las respuestas penales y no penales. Lo que exige de la Jurisdicción una necesaria corrección 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 delictivas” (STS 261/2017, de 6 de abril).

Ante esta situación, cuando se impute el delito de favorecimiento de la inmigración irregular habrá que identificar, junto con la conducta atribuida, (1) “la concreta infracción administrativa”; y (2) “la razón por la que ésta adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidad meramente administrativa” (STS 646/2015). En este sentido, entre otras, la STS 807/2016, de 27 de octubre, entiende que para alcanzar esta relevancia no meramente administrativa “la infracción normativa tiene que ser determinante del modo en que se burlan los controles legales, para posibilitar la entrada, el tránsito o la permanencia ilegal”.

Con todo, pese a esta doctrina somos prudentes. Descartada una interpretación conforme a los derechos de los ciudadanos extranjeros, el art. 318 bis tipo básico y su cuasi homóloga infracción del art. 54.1 b) LOEx se confunden en su letra y objeto de protección. Los criterios aportados por la jurisprudencia no parecen suficientes para, ante infracciones graves o muy graves como esta, descargar en el Derecho administrativo comportamientos subsumibles en ambas redacciones sin sortear el principio de legalidad y la atracción del orden penal. Dificultades a las que se añade que la infracción administrativa no guarda la deseable progresividad del ordenamiento sancionador y exige un mayor desvalor a través de la concurrencia de ánimo de lucro.

¿Qué ejercicio de subsunción podemos ofrecer para el delito de ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular? Quizás, como solución *de lege lata*, creemos que habría que procurar una interpretación de las conductas más inocuas, pero formalmente típicas, como las carentes de ánimo de lucro, a través del tipo atenuado o de la excusa absolutoria pues sus penas, además, son menores que la sanción prevista en la LOEx. La voluntad de criminalización totalizadora que el legislador ha plasmado en esta materia no deja mucho más espacio a la interpretación dentro del sistema.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- García Álvarez, P. (2014): “El vigente artículo 318 bis y su nueva redacción en el proyecto de ley orgánica por el que se modificaría la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal”, en *Revista General de Derecho Penal* n. 21.
- García Sánchez, B. (2005): “La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal”, en *ADPCP* vol. LVIII, 2005.
- Laurenzo Copello, P. (2003): “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época n. 12.
- Martínez Escamilla, M. (2007): *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Barcelona, Atelier.
- Miró Llinares, F. (2008): “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” del inmigrante?”, en *RECPC* n. 10.
- 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”, en *Revista de Estudios Jurídicos UNESP* n. 29.
- UNODC (2018): *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*, Viena, United Nations Publications.