

RESUMEN

I. El presente trabajo es un episodio de una lucha para que no se apruebe el Proyecto de Código penal actualmente en fase de tramitación parlamentaria, en cuanto empeora la situación jurídica y social de las personas “sin papeles”, al mismo tiempo que un intento de dar a conocer las realidades abordadas. De las muchas cuestiones del Proyecto de reforma que reclaman atención, este trabajo se centra en dos directamente relacionadas con las migraciones:

1. Reflexiona y analiza cómo el Proyecto de Ley de Código penal incidirá en la situación de las personas “sin papeles”, en particular de aquellos que venden CDs, DVDs u otros productos pirateados o con marcas no auténticas sobre sus mantas. Son los denominados “manteros”. Este trabajo versa sobre su realidad y sobre cómo la reforma, que profundiza en la criminalización de la pobreza, les hará la vida aún más complicada.

2. “La manta” nos permite conectar con otro tema por el que deberían enrojecer quienes han elaborado este Proyecto y quienes voten a su favor: la utilización del Derecho penal para criminalizar la solidaridad con las personas “sin papeles”. Analizamos los delitos de ayuda a la entrada y a la permanencia y el delito de dar trabajo a una persona sin papeles, a través de los cuales normas concebidas para proteger a los más vulnerables se vuelven contra ellos, persiguiéndoles y dificultándoles la vida hasta extremos insospechados. Ahora castigando a quien ayuda: la ayuda a la entrada, a la permanencia y el dar trabajo a un inmigrante en situación irregular, se convierten en delito, posibilitando el castigo de conductas en las que no hay el más mínimo atisbo de lesión de los derechos de las personas. Dilucidamos hasta qué punto tienen razón en sentirse amenazados por las normas proyectadas aquellos grupos, asociaciones y personas que tejen redes para apoyarse mutuamente, para hacerse la vida más amble y también para decir basta.

II. Reivindicamos como un valor de este trabajo la diversidad de perspectivas y acercamientos, en un intento de aprehender la realidad en toda su complejidad. Analizamos las normas, pero no es un trabajo exclusivamente jurídico. Ningún análisis y posicionamiento respecto a las normas jurídicas, sobre todo si se trata de normas penales, puede hacerse con un mínimo de rigor si desconocemos la realidad en la que inciden. En la presente aportación confluyen miradas y reflexiones provenientes de personas migrantes, de colectivos sociales y del ámbito académico, en un intento, además, de socialización y transferencia mutua del conocimiento.

III. Nuestras conclusiones son que la proyectada regulación de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual (arts. 270 y 274 CP), al establecer penas de prisión para conductas con tan escaso desvalor social y posibilitar el ingreso en la cárcel de los manteros, vulnera principios básicos del derecho penal como el principio de mínima intervención y el de proporcionalidad, por lo que estos comportamientos deberían descriminalizarse. Sacar del Código penal las conductas de los manteros no significa legalizar el denominado “top manta”, sino simplemente combatirlo con medios ya existentes y menos brutales

Por otra parte, los delitos de ayuda a la entrada, al tránsito y a la permanencia con vulneración de la normativa sobre inmigración (art. 318 bis) y el delito de dar trabajo a inmigrantes “papeles” (311 bis) son normas que permiten la persecución y el castigo de comportamientos solidarios. La hospitalidad, uno de los indicadores más fiables de la calidad humana de una civilización, está amenazada.

PRESENTACIÓN

La reforma del Código penal promovida por el Ministro Gallardón y actualmente en el Parlamento, nos junta —a inmigrantes “sin papeles”, movimientos sociales y ámbito académico— para luchar contra leyes injustas, que criminalizan la pobreza, que despliegan frente la persona migrante sin permiso de entrada y residencia una desproporcionada e inhumana dureza y que suponen una traición a principios éticos como la solidaridad y la ayuda a quien lo necesita.

De entre las muchas cuestiones que toca el Proyecto de reforma del Código penal, en este trabajo

abordaremos dos que afectan directamente a personas migradas: la situación de los inmigrantes irregulares que venden en el “top manta” y, en segundo lugar, la criminalización de la ayuda a la persona “sin papeles”.

En este trabajo informaremos sobre la regulación que hace el Proyecto de ambos temas y sobre sus consecuencias. Parece imposible poder evitar la aprobación de la reforma una vez puesto en marcha el mecanismo de hacer leyes, frío, inmovible, sordo ante lo que no sea disciplina de partido. Pero por eso de que sólo están perdidas las batallas que uno no se atreve a librar, lo intentaremos. Esta contribución es, también, un episodio en ese intento.

Los manteros queremos que nuestro mensaje se escuche más allá. Es importante para que todo el mundo conozca el alcance de las reformas de las leyes en nuestras vidas. Habrá gente a la que no le importe nuestra opinión, pero a otras personas, sí. Esto también es una frontera que queremos cruzar.

(“Manteros”)

El anuncio de la reforma del Código Penal nos deja helados, por la frialdad con la que se endurece el castigo a las personas que viven en la precariedad, y en especial a los extranjeros. Entre asambleas y manifestaciones, se fraguan interacciones que de otra forma serían imposibles: juristas con manteros, vecinos y vecinas a menudo separados por fronteras internas. En uno de esos puntos de cruce, nos encontramos, pensando en lo que aportamos los movimientos ciudadanos por los derechos de los migrantes con el ámbito académico y universitario, donde se estudian las leyes que tienen unos efectos tan grandes en la vida de todas las personas. Lo sabemos bien.

(Tejido social)

Quiénes nos dedicamos al estudio del Derecho trabajamos con las normas, las interpretamos. Tratamos de dilucidar qué comportamientos prevén y qué castigos imponen. Valoramos las normas, la decisión de crearlas, el modo, incluso a veces llegamos a proponer normas alternativas. Sin embargo, no podremos realizar ninguna de estas tareas con un mínimo de rigor si desconocemos la realidad en la que inciden. Para quienes desde la Universidad participamos en este trabajo, es sumamente importante conocer de primera mano la realidad de los manteros, de las personas que por circunstancias tan diversas están en movimiento o que quieren asentarse en nuestro país pero no consiguen regularizar su situación. También las razones y la forma de hacer de quienes, autóctonos o extranjeros, tejen redes para apoyarse mutuamente y hacer la vida un poco más amable. Esta colaboración es, además de otras muchas cosas, una muestra de socialización y transferencia del conocimiento, en la que como estudiosos de la ciencia jurídica nos sentimos muy orgullosos de participar.

(Ámbito académico)

“LA MANTA” EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

1. Un poco de historia.

Hace algo más de cuatro años se empezó a llamar la atención sobre una terrible realidad: decenas de personas estaban encerradas en las cárceles españolas cumpliendo severas penas de prisión, por ofrecer a la venta en la calle CDs, DVDs u otros productos pirateados o con marcas no auténticas. Se trataba en su mayoría de inmigrantes subsaharianos, sin permiso de residencia, que acudían a “la manta” como medida para sobrevivir ya que, recordemos, se les prohíbe trabajar legalmente.

Los protagonistas de esta historia hicieron oír su voz, mostraron su realidad y nos contaron que “la manta no era su sueño”. Numerosos colectivos de todo el Estado hicieron suya la causa de los “manteros”, convocando manifestaciones, charlas y actos de muy diferente tipo, recibiendo el apoyo de miles de personas. Profesionales del mundo cultural y artístico, que entendían que nada bueno podía derivarse ni para el arte ni para la cultura de semejante despropósito, crearon la Plataforma de Artistas “Ni un solo “mantero” en prisión”, que entre otras actividades recaudó dinero para pagar las multas que incrementaban el tiempo de prisión. La campaña recibió también un importante respaldo del mundo jurídico: jueces, fiscales, profesores de Derecho penal y otros

profesionales de la justicia penal suscribieron el manifiesto “Contra la criminalización e ingreso en prisión de los “manteros””. Un apoyo tan intenso y extenso como en un principio no se había imaginado.

Gracias a la ilusión y al esfuerzo de tanta gente conseguimos hacernos oír por los políticos y en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 de reforma del Código penal, finalmente aprobada, se recogió expresamente la necesidad de corregir la desproporción del castigo en el caso del “top manta”. Estas conductas, cuando el beneficio obtenido no superara los 400 euros pasaron a considerarse falta (infracción penal leve) del art. 623.5 del Código penal, siendo castigadas con la pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses. Esta regulación no recogía nuestra petición: la despenalización de la conducta de los “manteros” y adolece de unos defectos que en su día fueron apuntados, pero supuso una importante mejora en cuanto respecto de la situación de partida.

2. Regulación en el actual Código penal y regulación en el Proyecto de Código penal.

En el Código penal actual

En el Código penal actual, tanto respecto a los delitos contra la propiedad intelectual y propiedad industrial, la regulación es la siguiente:

Art. 623. Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a doce meses:

5. Los que realicen los hechos descritos en el párrafo segundo de los artículos 270.1 y 274.2, cuando el beneficio no sea superior 400 euros, salvo que concurra alguna de las circunstancias prevenidas en los artículos 271 y 276, respectivamente.

En el Proyecto de Código penal

Respecto a los delitos contra la propiedad intelectual, la propuesta es la siguiente:

“En los supuestos a que se refiere el párrafo primero del número anterior, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años.

No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del art. 271, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días” (art. 270.2)

Respecto a los delitos contra la propiedad industrial, la propuesta es la siguiente:

“La venta ambulante u ocasional de los productos a que se refieren los apartados anteriores será castigada con la pena de prisión de seis meses a dos años.

No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del art. 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días” (274.3 en la redacción propuesta por el Proyecto)

3. Consecuencias

A continuación analizaremos cuáles serán las consecuencias jurídicas de esta regulación, pero antes conozcamos cómo se sentirían los manteros si lo conseguido en la primera campaña se perdiera.

“Durante la despenalización, estaba todo el mundo muy agitado. Venía mucha gente de todos lados. Fue un éxito muy grande. Es horrible pensar que todo el trabajo de tantos años se derrumbe así. En un gesto muy pequeño (eliminar las faltas) llega un cambio muy grande. Podemos volver a ir a la cárcel.

Por un lado, ahora la gente está con pocas fuerzas. Después del máximo del 15M parece que la gente se reúne en grupos más pequeños o que están muy ocupados. Y los manteros en la calle

hablando de esto, pero parecen estar esperando a que llegue el nuevo Código Penal sin solución. Porque la gente está segura de que van a aprobar la reforma. Si quitaron la sanidad para los sin papeles, que es algo que le importa a la gente, esto va a ser aún más fácil... nadie se entera de lo que pasa con nosotros en los calabozos y en las cárceles. Entonces los paisanos están preocupados. De repente hay momentos de explosión, como la manifestación el otro día, llena de manteros y de vendedores Bangla. Fue muy emocionante .

Si al final la manta vuelve a ser delito, la mayoría dice que dejará de vender. Pero entonces ¿qué hacer para vivir? No podemos dejarlo. Era nuestra normalidad y de repente te dicen que es delito. Habrá que vender cosas sin marca o que no sean películas. Aunque todos sabemos que la policía te puede quitar la mercancía que no sea falsa y decir que eran cinturones falsificados. Pueden hacer lo que quieran, algunos son capaces de cualquier cosa. Lo hemos vivido. El problema es que se les cree más a ellos que a nosotros y la ley va sólo en nuestra contra”.

a. El vender en el “top manta” generará antecedentes penales

La conversión en delito, aunque sea leve, de estas conductas que hoy tienen la consideración de faltas conlleva una consecuencia importantísima: mientras que las faltas no generan antecedentes penales, los delitos sí. Ha de tenerse en cuenta que muchas de estas personas suelen ser detenidas en más de una ocasión. Además de las consecuencias que los antecedentes puedan tener en el ámbito penal, para las personas “sin papeles”, los antecedentes penales dificultan sobremanera que algún día puedan conseguir regularizar su situación, perpetuando su vulnerabilidad y exclusión legal y social. Pero veamos qué significa estar en situación irregular.

“Para saber lo que significa estar mucho tiempo sin papeles, tienes que pasar por eso. Es algo que no se puede explicar. No sentimos vergüenza, sabemos que es simplemente una ley. Pero es estar condenado a la ilegalidad, a no tener trabajo. A tener la constante preocupación de tu familia tan lejos y tú sin poder moverte. Da mucho estrés. Es una pequeña cárcel y no queremos volver porque sería un poco una vergüenza. Hay momento que estás tan agobiado que dices, da igual, y sales a la calle sin importarte si te van a detener o qué. Sólo hay que desayunar muy bien antes de salir de casa. Porque sabes que en cualquier momento la poli se para a tu lado te pide los papeles y ya está. Aunque la manta ahora no sea delito, la policía se pasa y nos pide la documentación. Y puedes acabar en el CIE. Incluso te pueden parar en la puerta de tu casa. Cuando ves que un compañero está con el móvil apagado un largo rato, a veces hasta bromeamos, decimos que se ha debido ir tres días de vacaciones, o que se ha ido de peregrinaje. Hay momentos que hay que usar el humor”.

b. La conducta de “los manteros” podrá castigarse con la pena de seis meses a dos años de prisión.

Según el Proyecto de CP, la conducta distribución ambulante o meramente ocasional de productos pirateados o con marcas no auténticas tiene una pena de seis meses a dos años de prisión. También establece una pena atenuada (de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días) pero su aplicación se deja al arbitrio de los jueces (“podrán”) y, además se hace depender de conceptos inconcretos y genéricos (características del culpable, la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener), lo que posibilita seguir aplicando las penas de prisión de seis meses a dos años a las conductas de los manteros. Esto, como ya se declaró en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, supone una vulneración del principio de proporcionalidad.

¿Cómo valoran las personas “sin papeles” la posibilidad de ser condenadas a prisión?

“Antes de venir aquí, nadie ha tenido ni un problema con la poli. Tu primera vez en un calabozo, lloras como un niño y es el peor día de tu vida. Luego ya te vas acostumbrando. Eso sí, si tus padres se enteran de que pasas por eso, se mueren.

Es muy desproporcionado, estar en la cárcel por vender. Compartes el espacio con grandes criminales, que se ríen de tí y no se pueden creer que estés en la cárcel por vender CDs. Se ríen y dicen que para eso mejor podíamos haber vendido droga, que ganas más “pasta””.

c. La imposición de una pena de multa no impide el ingreso en prisión

Aunque los jueces aplicaran la pena atenuada, ello no garantiza que “el mantero” no ingrese en prisión.

La pena prevista para la modalidad atenuada es de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, al menos hasta el momento, muchos jueces están siendo reacios por diferentes razones a imponer la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, acudiendo a la alternativa, que en este caso sería la multa. No puede olvidarse que, de acuerdo con el art. 53 del Código penal, si el condenado a multa no puede pagar ésta, la pena de multa se puede transformar en pena privativa de libertad, a tenor de un día de privación de libertad por cada dos días multa. A esta circunstancia se une el que, si el condenado contara con algún dinero, de acuerdo con el art. 125 CP, los pagos que efectuara se imputarían primeramente a pagar la indemnización a las sociedades gestoras de derechos de autor y a otros conceptos como las costas procesales. Sólo una vez satisfechos estos conceptos, el dinero del mantero se aplicaría al pago de la multa. En la mayoría de los casos, pues, el mantero no tendrá dinero o no le alcanzará para pagar la multa y entonces ésta se transformará en pena de prisión. Ha de advertirse que el ingreso en prisión, aunque sea por un breve periodo de tiempo, es sumamente traumático y produce graves consecuencias en la esfera psíquica de las personas, que en este caso, además, en su mayoría han soportado incontables penalidades hasta llegar a nuestro país.

d. La sustitución de la sanción penal por expulsión

El proyecto también modifica la sustitución de la sanción penal por expulsión. Según el Proyecto “las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por la expulsión del territorio español”. De castigarse a las personas que venden en el “top manta” a menos de un año, esa disposición no sería aplicable. Sin embargo, eso no significa que el mantero no vaya a ser expulsado. El art. 57. 7 de la Ley de Extranjería establece que cuando una persona que tenga abierto un expediente de expulsión resulte procesado o imputado penalmente, el juez penal autorizará la expulsión, salvo que entienda que debe denegarla. Normalmente los jueces autorizan la expulsión. Es decir, “el mantero” será expulsado y, de no poder ejecutarse la expulsión, será procesado y condenado penalmente.

La expulsión es una sanción —administrativa o penal, según los casos— en cuyo contenido afflictivo convendría detenernos.

El horror de la deportación es no preparar tu vuelta. El ser devuelto a la fuerza. Con la misma ropa con al que saliste de tu casa sin imaginar que ibas directo al CIE. Una vez me despedí de un amigo que iba a renovar su padrón...nunca más le volví a ver. A la vuelta le pilló la policía, lo mandaron al CIE y lo deportaron. A otro le expulsaron por un juicio por 5 DVDs. ¿Cuánto valen 5 DVDs? Es tal vergüenza cuando te devuelven a tu país que a veces estás 3 meses en otro sitio antes de volver a tu casa. A la vuelta, al principio todo el mundo te consuela, te ayuda. Pero luego empiezas a oír los rumores. Sobre lo que imaginan que has hecho aquí. Nadie se cree que te expulsan sin más, sin haber cometido un delito grave. Todo el mundo piensa que te has metido en la droga. Conocí a un padre que aunque fuimos a hablarle de la realidad de la expulsión, él nunca creyó que su hijo no era un delincuente.

Y vuelves sin nada. En otro mundo. Porque tú has cambiado y no eres ni de aquí ni de allí. Estás partido, siempre en el medio. La gente te ve como un extranjero y a veces hasta tu familia te rechaza.

Es un tema muy oculto el de las deportaciones. No se habla ni en España ni en nuestros países (Senegal), pero algún negocio tienen que tener para esconderlo. ¿Por qué van las personas del consulado a reconocer a personas como nacionales? ¿Qué interés tienen? No sabemos si hay dinero de por medio pero lo parece”.

4. La descriminalización de “la manta” como única posibilidad en un Derecho penal respetuoso con el principio de mínima intervención.

“La manta” es un ejemplo más de cómo con el Proyecto de Código penal profundiza en la criminalización de la pobreza. La aplicación de semejante Código supondrá un importante

incremento de la población penitenciaria y nuestras cárceles ya saturadas indefectiblemente acabarán convirtiéndose en cárceles tercermundistas donde pobres, inmigrantes “sin papeles”, personas con enfermedades mentales, tendrán que lamerse las heridas en el abandono y la indefensión más absoluta.

¿Por qué es una infracción administrativa y no un delito defraudar a la Hacienda Pública cada año 120.000 euros y se insiste en aplicar el Derecho penal a quien para sobrevivir vende los mencionados productos sobre su manta o, por ejemplo, defrauda a la compañía eléctrica 20 euros para poder calentar su chabola?

El Derecho penal sólo puede utilizarse para proteger los bienes jurídicos más importantes, frente a los ataques más graves y sólo en la medida de que no existan instrumentos menos lesivos. No se cuestiona que la propiedad intelectual e industrial deba ser objeto de protección. Lo que sí es denunciado y rechazable es que esa pretendida protección se lleve a cabo a través de la criminalización de quienes, a cambio de una insignificante cantidad de dinero, venden copias no autorizadas sobre sus mantas; conductas que, por otra parte, no son ni mucho menos la causa de las pérdidas que pudieran sufrir las industrias afectadas. Por otra parte, la descriminalización de estas conductas no hace prever su incremento de las mismas, pues su persecución a través del derecho administrativo sancionador, el miedo al comiso de las mercancías y el horror a la expulsión suponen una grave amenaza para estas personas. Si venden en el top manta es realmente porque no les queda otra salida.

La escasa gravedad de la conducta de los manteros y la realidad social y humana de la que estamos hablando obliga a sacar del Código penal la exposición y venta a pequeña escala, proponiéndose como elemento de los delitos en cuestión el que se trate de distribución al por menor en la que el beneficio obtenido no supere una cantidad determinada (que, por no quebrar la sistemática del proyectado Título XIII podría ser 1.000 euros). El descriminalizar estas conductas NO SIGNIFICA LEGALIZARLAS, sino simplemente combatir las con otros instrumentos menos brutales.

LA CRIMINALIZACIÓN DE LA HOSPITALIDAD

“La manta” nos permite conectar con otro tema por el que deberían enrojecer quienes han elaborado este Proyecto y quienes voten a su favor: la utilización del Derecho penal para criminalizar la solidaridad con las personas “sin papeles”.

Desde hace tiempo la política migratoria respecto a los extranjeros sin permiso de estancia o residencia no es otra que la de su persecución. Redadas policiales basadas en el perfil étnico realizadas a “la caza” de inmigrantes sin papeles, intensas y racialmente más selectivas aún si cabe cuando hay programados “vuelos macro”. ¿Qué decir del encierro en los Centros de Internamiento? ¿Qué decir de lo que significan las expulsiones forzadas, con lo puesto, a veces a países que suponen un peligro para estas personas o que les son ajenos, deportaciones a menudo realizadas directamente desde la comisaría siendo prácticamente imposible la defensa. ¿Qué decir de la negación de tantos derechos?, del derecho a ser atendido cuando se está enfermo, del derecho a poder obtener legalmente el sustento propio y de la familia...

En esta tarea de perseguir y asfixiar a las personas sin papeles el Ministro Ruíz Gallardón echa mano sin pudor del Código penal. El círculo alrededor del inmigrante irregular se estrecha aún más, ahora mediante la peculiar estrategia, que no puede tener sino lamentables efectos a medio y largo plazo, de castigar a quienes ayudan, a quienes se muestran solidarios. Prestar al inmigrante una escalera para saltar la valla o mostrarle la forma de esquivar las afiladas cuchillas, alquilar una habitación a una persona “sin papeles” o darle de vez en cuando algún trabajo para que pueda subsistir, son conductas que pueden llegar a ser delito, y criminales quienes las realizan, si se aprueba el Proyecto de reforma. Se nos ha dicho que no nos preocupemos, que no son éstas las conductas castigadas y que nunca los jueces harán semejante interpretación de las mismas. Pero el tenor de estas normas o no deja lugar a dudas o es tan ambiguo que permitiría cualquier interpretación.

La hospitalidad está bajo sospecha.

“Una de las virtudes más presentes en todas las culturas de todos los tiempos ha sido la hospitalidad. La acogida al forastero ha constituido uno de los indicadores más fiables de la calidad humana de una civilización. El avance en la capacidad de acogida, aceptación e integración de los “otros”, del “extraneus”, marca la evolución ética de la sociedad. Por eso, la historia de los derechos humanos es la de un deseable avance hacia su universalización y extensión. No parece que estemos en ese dinamismo en cuanto al trato de los migrantes. La hospitalidad, forma de proteger la movilidad humana, se encuentra amenazada por la Europa de los mercaderes que olvida que solo habrá una Europa viable si se construye desde la apertura a los más vulnerables (Adenauer). Varios son los frentes que tiene abierta la virtud de la hospitalidad. El Derecho tiene una función inevitable de pedagogía social. Señala cuáles son los bienes que merecen tutela y qué comportamientos deben ser proscritos. Por eso, cuando las virtudes son tratadas como delitos, algo perverso está ocurriendo en la mente de los legisladores. El riesgo es que esta patología contamine a la sociedad civil y mientras, paradójicamente, se llevan a cabo campañas institucionales contra el racismo y la xenofobia se inducen estas actitudes ¡desde las leyes!”

Volviendo al Proyecto de reforma del Código penal, comenzaremos nuestro análisis por el proyectado artículo 311 bis, que convierte en un delito el dar trabajo a un inmigrante “sin papeles”. La importancia y catadura moral de este precepto merecen ser destacados. Después nos detendremos en el artículo 318 bis, enmarcado bajo la hipócrita rúbrica de “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” que castiga la ayuda a la entrada y a la permanencia irregular.

1. El delito de dar trabajo a un inmigrante irregular (art. 311 bis del Proyecto)

El Proyecto de Código penal a través del art. 311 bis introduce un nuevo delito: el dar trabajo a una persona “sin papeles”. Dice así:

Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de 12 a 30 meses, salvo que los supuestos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quien:

a) De forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo.

La redacción dista mucho de ser ambigua y no puede estar más clara: será un delito dar empleo u ocupación de forma reiterada a personas sin papeles. En aplicación de este nuevo tipo podremos encontrar una jurisprudencia que se resista a aplicarlo acudiendo al título de la parte donde se integra este delito: “delitos contra los derechos de los trabajadores” y negando su aplicación en aquellos supuestos en los que no se detecte rastro de lesión o puesta en peligro de los derechos de la persona en situación de irregularidad. Y probablemente habrá otra jurisprudencia, que no tenga rubor en aplicar llegado el caso este precepto a quienes tengan la mala costumbre de relacionarse con personas “sin papeles”, y encargarles trabajos como unas clases de baile, una limpieza o un bordado. Nótese que la redacción del 311 bis no exige para su aplicación que se abuse de la persona a la que se emplea, que se la explote laboralmente. Es el artículo 312.2 del Código penal el que condena a quienes “empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. Al Ministro de Justicia no le parece suficiente con negar a estas personas la posibilidad de trabajar legalmente, condenándoles con ello a la marginación y en muchos casos a la explotación. No le basta con que dar trabajo a una persona “sin papeles” esté ya sancionado como una infracción muy grave castigada con multas de 10.001 hasta 100.000 euros, de acuerdo con lo establecido en la Ley de extranjería (art. 54.1 d LOEx). El Sr. Ruíz Gallardón no tiene ningún pudor en echar mano del Código penal y lo hace mediante una norma en la que pueden tener cabida comportamientos de nulo desvalor, ya suficientemente castigados por el Derecho administrativo, sin hacer uso de todas las posibilidades de reservar el castigo a comportamiento realmente graves que le permite la Directiva 2009/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009 por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. Alumno aventajado el Ministro, raudo y veloz, presto a transponer con un rigor

innecesario esas normas europeas que no tienen corazón.

“Pero ¿por qué no nos dejan vivir tranquilos? Vinimos aquí para poder invertir en nuestro negocio, sacar adelante a nuestro país. No quiero que me den un pescado. Quiero que me enseñen a pescar. Pueden ayudar a distancia en África. O sea, pueden estar ayudando a mi hijo pero no me ayuden a mí para que sea yo mismo quien le ayude. La acción desde cerca cambia mucho más que la acción a distancia. Además las ONGs reciben algo de dinero del gobierno y de alguna forma las pueden controlar.”

2. La ayuda a la entrada y al tránsito por territorio español (art. 318 bis 1)

El art. 318 bis 1 en la versión del Proyecto establece:

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.

Para una correcta valoración de este precepto conviene tener presente que el Código penal vigente castiga básicamente las mismas conductas con la pena absolutamente desproporcionada de cuatro a ocho años de prisión, con alguna posibilidad de atenuación.

La aplicación de este precepto ha venido dando lugar a dos corrientes jurisprudenciales. Una nutrida e implacable, que castiga con penas de prisión conductas en las que no se observa atisbo ni de lesión ni de peligro para bienes jurídicos individuales. No son ni mucho menos casos aislados, por ejemplo, la Sentencia de 26 de febrero de 2004, de la Audiencia Provincial de Málaga, que condenó a dos años de prisión a un hombre a una mujer que intentaron introducir en territorio español a un joven marroquí indocumentado que habían encontrado en el camino. El Tribunal Supremo confirmó en su día la resolución. La misma Audiencia, en resolución de 30 de marzo de 2004 condenó a dos años de prisión, por aplicación del tipo atenuado, a quien intentó introducir en la península a una mujer para ayudarla a mejorar sus condiciones de vida. O la 24 de febrero de 2005, también de la Audiencia Provincial de Málaga, que condenó a la pena de tres años y un día de prisión a un ciudadano marroquí que intentó introducir en la península, haciéndolo pasar por su hijo, a un sobrino nieto, para después viajar juntos a Bélgica. Como constan en la sentencia, “no cabe apreciar que la finalidad perseguida por el acusado fuese la de causar algún tipo de perjuicio al menor, ya próximo a cumplir los dieciocho años, sino al contrario, la de ayudarle a mejorar sus condiciones de vida”. Son continuas las réplicas de estas resoluciones en años posteriores y recientes. Asimismo, se ha considerado que colma el delito no sólo la ayuda a la entrada clandestina, sino también la ayuda a otras formas como la consistente en entrar con visado de turista con idea de permanecer después de que éste haya expirado (vid. por todas SSTs 1059/2005, de 28 de septiembre, 284/2006, de 6 de marzo o 308/2010, de 18 de marzo).

Paralelamente, encontramos una corriente jurisprudencial que viene plantando cara a la lesión del principio de proporcionalidad que el 318 bis supone a través de una interpretación teleológica respetuosa con el principio de legalidad y con los límites de la interpretación. Por su fecha reciente, podemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 446/212, de 28 de mayo (Ponente Antonio del Moral), si bien no es una resolución aislada, sino que viene precedida de otras muchas —citadas en la referida Sentencia— que exigen para la aplicación del art. 318 bis la afectación de derechos individuales de los ciudadanos extranjeros, argumentando que “cuando el comportamiento que aparentemente pudiera encajar en el art. 318 bis del Código Penal sólo atenta contra la regulación controladora de los flujos migratorios y no se detecta el más mínimo atisbo de lesión, presente o eventual, de los derechos del ciudadano extranjero, falta la ratio de la sanción penal y ha de buscarse en el derecho administrativo sancionador el instrumento adecuado para dar una respuesta a esa conducta ilícita en todo caso” (FJ octavo, STS 466/2012). Esa exigencia de afectación a bienes

individuales más allá del interés en el control de las migraciones, la sustenta el Tribunal Supremo en la rúbrica “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, de tal manera que “no será lícito prescindir, so pena de traicionar su sentido último, de alguna clase de lesión o, al menos, riesgo relevante, para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o inmigración clandestina”. En concreto, el caso que llegó en esta ocasión a la jurisdicción penal fue el de un hermano y una hermana de origen guatemaltecos que auxiliaron y asesoraron a otros nacionales de Guatemala para su desplazamiento a España, acogiéndoles inicialmente en su domicilio y ayudándoles en la búsqueda de trabajo, excluyéndose cualquier ánimo de lucro en este auxilio. El Ministerio Fiscal insistía en que fueran condenados.

Partiendo de la magnitud de las penas previstas por el Código penal vigente para la ayuda a la inmigración irregular, ha de reconocerse que el Proyecto corrige la desproporción. Sin embargo, eso no quita para poder afirmar que el 318 bis.1 constituye una nueva perversión del Derecho, donde normas que deberían servir — y así expresamente se proclama— para proteger a las personas más vulnerables se vuelven contra ellas en una persecución sin cuartel, para la cual no se escatima ni en medios materiales ni en normas jurídicas, que en casos como el de este delito cortan también como cuchillas.

El 318 bis pretende impedir la entrada en nuestro país castigando a quien facilita la entrada. Sabido es que cuanto mayores son los obstáculos que se ponen a la movilidad de las personas, mayores son las dificultades, los peligros que estas personas tienen que enfrentar y mayor, obviamente, el poder de las mafias. Resulta insultante que se trate de explicar el art. 318 bis como una lucha contra las mafias, contra el tráfico de inmigrantes, cuando la política criminal que cristaliza en estas normas propicia de forma tan evidente que las mafias proliferen, incluso las redes de trata de seres humanos son vistas por las víctimas cómo una manera de sortear la gran violencia que han de enfrentar durante el tránsito migratorio y los obstáculos que desde Europa les ponemos.

Normas como el 318 bis explican también tragedias evitables como la de Lampedusa. Normas como la Ley Bossi-Fini, que incita a los pescadores a no auxiliar a las “pateras” a la deriva para evitar el riesgo de ser imputados de delito de colaboración con la inmigración ilegal. La consecuencia es que la gente se ahoga en el mar a la vista de medios de rescate. Son normas que deshumanizan y sabido es que la deshumanización del otro abona el terreno a la atrocidad. Bien es cierto que, como consecuencia de la presión social, el Ministerio de Interior ha modificado el tenor del apartado primero de este precepto y ha introducido una excusa absolutoria: “Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”. Supone realmente un alivio, si bien habrá que estar a la práctica judicial y a cómo se interpreta el adverbio “únicamente” o si motivaciones como el amor, la amistad o la solidaridad evitarán el castigo.

“Pero nosotros les conocemos. Sabemos quiénes perecieron frente a Lampedusa, Conocemos sus nombres, las historias de quienes mueren cada día en el mar o atravesando el desierto, intentando llegar a la “civilizada” Europa. Nos los encontramos a diario en los Centros de Internamiento, en nuestras calles, en las fronteras, en el Monte Gururgú... Les miramos a los ojos, nos acercamos a sus vidas, a su infortunio, a sus historias de sufrimiento, violencia e itinerancia, en muchas ocasiones repletas de lecciones de fortaleza, dignidad y solidaridad, que nos inspiran y nos hacen crecer. La mayoría de las veces poco podemos hacer por ellos. Sólo de vez en cuando se consigue que alguien no sea expulsado, que se reconozca un derecho o que se castigue un abuso. Pequeños pasos, acaso insignificantes ante la enormidad de la injusticia que presenciamos, pero que —como alguien decía— son la prueba de que el mundo se puede transformar. Otra forma de relacionarnos es posible y necesaria”

Pero antes de concluir con este primer apartado del 318 bis, tan sólo poner de manifiesto que el 318 bis no sólo castiga la ayuda a la entrada, sino también la ayuda a transitar a través del territorio español de un modo que vulnere la legislación sobre tránsito de extranjeros. ¿A qué se están refiriendo? ¿A llevar a alguien en taxi o en autobús cuando se sabe que es irregular? ¿Cuál es la legislación sobre tránsito de extranjeros? Sería todo un detalle que el Ministerio del Interior o el de

Justicia nos aclararan qué es lo que quieren castigar, claro está, si es que ellos mismos lo saben.

“Un ejemplo de políticas anti-hospitalarias es la pretensión de volver a colocar la “concertina” destrozacuerpos en los muros de la vergüenza con que fortificamos el acceso al norte en el mismo sur. Como si se pudieran poner puertas al campo o blindar Europa frente a la hambruna y el derecho a sobrevivir y mejorar la calidad de vida.... Más allá de los ejemplos concretos, el Derecho de extranjería tiene una tacha de origen, una intrínseca falta de legitimidad ética: surge no para satisfacer necesidades (como todos los derechos), sino para asfixiarlas en origen. No es un límite a la violencia estatal (como el Derecho penal rodeado de garantías), sino su legitimación y una ayuda a su extensión, permitiendo anticipar barreras (reales y simbólicas: Frontex, SIVE, CIE, concertinas, etc.) y externalizar fronteras”.

2. La ayuda a la permanencia con ánimo de lucro (art. 318 bis 2)

El Proyecto de Código penal introduce el castigo de la ayuda con ánimo de lucro a la permanencia de un inmigrante “sin papeles”, siendo la versión propuesta del art. 318 bis 2 la siguiente:

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 tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

El Proyecto introduce el castigo de la ayuda a la permanencia con ánimo de lucro y utiliza una redacción tan genérica que permite el castigo de comportamientos carentes de desvalor social, como pueden ser alquilar una vivienda a un inmigrante “sin papeles”, admitirle en un hotel, asesorarle legalmente, etc. o cualquier otra conducta que guiada por un ánimo de lucro lícito que permita al inmigrante en situación irregular prolongar su estancia en nuestro país.

Se dice desde el Ministerio de Justicia que no son estas las conductas que castiga el párrafo segundo del 318 bis., pero no se nos explica cuáles son entonces esos comportamientos tan necesitados de represión penal y que no están ya castigados en otros delitos. Hay quienes confían en que los Tribunales nunca van a aplicar esta norma a conductas como alquilar un piso o prestar asesoramiento jurídico a cambio de un precio. Nosotros preferimos no tener que confiar en ello. Preferimos no tener unas leyes que hagan posible la persecución y el castigo de relaciones comerciales y mercantiles lícitas con inmigrantes sin papeles.

Se nos dice también que el castigo de la ayuda a la permanencia viene obligado por lo dispuesto en la Decisión Marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, circulación y estancia irregulares (SEC (2006) 1591). Sin embargo, tal y como se afirma en el Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas COM (2006) 770 final, de 06.12.2006, emitido sobre la base del art. 9 de dicha Decisión Marco: “Ambos instrumentos (Directiva y Decisión marco) vinculan a los Estados miembros por lo que se refiere a los resultados que deben obtenerse, dejando a las autoridades nacionales decidir en cuanto a la forma y los medios de aplicación”. Cabe entender, pues, que la transposición a la legislación nacional no exige la reproducción formal de las disposiciones (como en buena medida hace la redacción propuesta del art. 318 bis), lo que significa que, por ejemplo, puedan bastar medidas nacionales preexistentes adecuadas, como sucede con las infracciones previstas en Ley 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, cuyo art. 54.1 b) tipifica como infracción muy grave la ayuda a la permanencia con ánimo de lucro, además de tipificar y castigar como infracciones administrativas manifestaciones concretas de esta ayuda, como, por ejemplo las tipificadas en los apartados b, c y d del art. 53.2.

Por parte, no se introdujo la tipificación de la permanencia con ánimo de lucro a través de la LO 11/2003 de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que reformó profundamente el art. 318 bis para adaptarlo, según declara expresamente su Exposición de Motivos, a las exigencias europeas, sin que por ello se haya abierto al Estado español ningún recurso por incumplimiento de lo dispuesto en la mencionada Directiva y

Decisión marco. No se entiende ahora la imperiosa necesidad de expandir el castigo y el gasto público criminalizando conductas que no se aciertan a precisar e introduciendo normas que corren el riesgo de desincentivar y reprimir conductas solidarias y prestaciones de servicios lícitos a inmigrantes en situación irregular. Por todo ello, pedimos la supresión de este precepto.

A MODO DE CONCLUSIÓN

“Nuestra forma natural de relacionarnos es ayudándonos. Si la hospitalidad se penaliza, entonces pasaremos todos a ser criminales. Queremos seguir estando juntos y fuertes. Intentar ser una gran familia y ayudarnos mutuamente, tanto si eres de aquí como de allí”.