

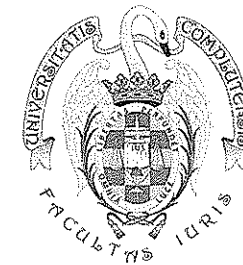
**ESTUDIOS EN HOMENAJE A LA  
PROFESORA SUSANA HUERTA TOCILDO**



Susana Huerta Tocildo

Coordinadores

M. PÉREZ MANZANO  
M.A. IGLESIAS RÍO  
A.C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ  
M. MARTÍN LORENZO  
M. VALLE MARISCAL DE GANTE



Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM  
Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal UCM  
Área de Derecho Penal y Departamento de Derecho Público UAM  
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas  
Madrid 2020

# LA DERIVA PUNITIVISTA DEL FEMINISMO INSTITUCIONAL: RETOS PENDIENTES

MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU\* \*\*

## I. INTRODUCCIÓN

En 1992 la revista científica *Deviance et Societé* reservaba un número especial para denunciar la fascinación de cierto feminismo por el Derecho penal<sup>1</sup>. Sus escritos se referían básicamente al feminismo radical nacido con la tercera ola feminista que, desde años antes, había puesto en marcha su campaña expansionista de criminalización acerca de la violencia contra las mujeres. En contraste con etapas previas en que sus demandas eran básicamente de despenalización de las infracciones afectantes a la moral sexual colectiva como el adulterio o la prostitución o bien a los derechos reproductivos femeninos como el uso de medios anticonceptivos o el aborto<sup>2</sup>, las nuevas tácticas buscaban ampliar el marco del control penal sobre los hombres delincuentes en la idea de visibilizar la opresión y disminuir el número de mujeres víctimas de agresiones graves y menos graves protagonizadas por ellos. Es razonable pensar, como se reconocía en esos años, que esta otra estrategia resultaba necesaria a la vista de una conciencia colectiva que permanecía ausente acerca del daño que experimentaban las mujeres, fruto de una legislación penal androcéntrica y materialmente deficiente, una débil tasa de condenas, exigencias de pruebas incongruentes y discriminatorias y un sinfín de carencias propias del sistema penal convencional<sup>3</sup>. Pero existía un amplio consenso en pronosticar los efectos perversos que esa confianza "ciega" en el sistema penal suponía para el ideal emancipador del feminismo puesto al servicio de prácticas represivas de "la ley y el orden" cuyo objetivo no era otro que el de "re-formar y re-ordenar las estructuras de dominación"<sup>4</sup>.

\* Catedrática de Derecho penal. Universidad de Granada.

\*\* Trabajo realizado en el contexto del Proyecto de Investigación DER 2017-84178-P sobre "Comportamientos basados en el discurso del odio", financiado por el Ministerio de Ciencia del Gobierno de España.

<sup>1</sup> Bajo el título, "Femmes et droit pénal", vol. 16, nº 3, 1992.

<sup>2</sup> KARSTEDT, S., "Liberté, Egalité, Sororité", *Deviance e Societé*, nº 3, 1992, p. 289.

<sup>3</sup> SNYDER, L. "Effets pervers de certaines luttes féministes sur le contrôle social", *Criminologie*, vol. XXV (1), 1992, p. 5.

<sup>4</sup> Como resumía LACOMBE, D., "Un genre troublé: le féminisme, la pornographie, la réforme du droit et la thèse de la reproduction de l'ordre social", *Deviance et Societé*, nº 3, 1992, p. 241.

Y es que el tiempo ha demostrado que el afán reformista del feminismo más punitivo ha calculado mal y no se ha percatado de que esas dinámicas crecientes de criminalización, gustosamente asumidas por el Estado, más que un elemento de la solución se han convertido en “una parte del problema”<sup>5</sup>. Básicamente porque sus costes siguen superando sus beneficios. Más allá de obtener un poderoso efecto simbólico de reprobación social, que resulta innegable gracias a la visibilidad y la capacidad de estigmatizar que tiene la ley penal<sup>6</sup>, lo cierto es que se ha visto fuertemente acrecentada la dependencia institucional de muchas mujeres, su potencial victimización no se ha detenido o aún se ha incrementado en las situaciones de mayor vulnerabilidad y se está contribuyendo de modo muy acentuado a ese eficientismo penal sin precedentes que es tan característico de la política criminal contemporánea<sup>7</sup>.

Mientras tanto, los actuales debates sobre política legislativa siguen estando dominados por la agenda feminista en su intento de reivindicar para las mujeres el estatuto de sujetos del derecho<sup>8</sup>, evidenciando de esa forma el carácter político del Derecho penal y su distanciamiento paulatino de las decisiones de la comunidad científica en cuantos delitos tienen como víctimas únicas o preponderantes a las mujeres<sup>9</sup>. En ese empeño marcado por la idea de procurarse mayores cotas de poder, el feminismo institucional —un nombre que él mismo reivindica—<sup>10</sup> incorpora una definición e interpretación de la realidad que genera saberes propios, cada vez más segmentados y jerarquizados, acerca de la dominación masculina y la inferioridad femenina que se expresan de forma monolítica a partir de una peligrosa idea de victimización permanente para las mujeres. Ese “paradigma de la víctima”, al que se refieren amplios sectores críticos dentro del feminismo<sup>11</sup>, le aseguran su sintonía con el conservadurismo propio de la postmodernidad y amenazan con subvertir los postulados garantísticos del Derecho penal liberal. A cambio, sus transformaciones instrumentales en favor de las mujeres son cuando menos problemáticas porque, contra lo que parece, “no han conseguido doblegar el sistema penal”<sup>12</sup>, que permanece fiel a sus propias “tecnologías de género” y a las fuerzas y modelos estructurales convencionales<sup>13</sup>, dando como resultado una “justicia feminista” carente de convicción tanto para los científicos que la observan desde el imperio de las reglas jurídicas como para quienes la administran desde las instituciones y, lo que es más grave, para las propias mujeres que se ven implicadas en ella<sup>14</sup>.

La experiencia desarrollada a través de los procesos legislativos de los últimos años en el Estado español y los que se proyectan para el futuro ofrecen argumentos suficientes para hablar de

<sup>5</sup> SNYDER, L., *Criminologie*, vol XXV (1), 1992, p. 8.

<sup>6</sup> VAN SWAANINGEN, R., “Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida”, *Papers d'Estudis i Formació*, nº 5, 1999, p. 95.

<sup>7</sup> MAQUEDA ABREU, M. L., *Razones y sinrazones para una criminología feminista*, Madrid (Dykinson), 2014, pp. 132 ss.

<sup>8</sup> PITCH, T., “Femmes dans le droit, femmes hors du droit?. Justice sexuée, droit sexué”, *Deviance et Société*, nº 3, 1992, p. 265.

<sup>9</sup> KARSTEDT, S., *Deviance et Société*, nº 3, 1992, p. 287.

<sup>10</sup> AMORÓS, C./DE MIGUEL ÁLVAREZ, A., en su apuesta por un abandono decidido de la “demonización del poder”, “Introducción”, *Teoría Feminista: de la Ilustración a la Globalización*, t. 1, 2ª ed, Madrid (Minerva), 2007, p. 85.

<sup>11</sup> Como refleja MAQUEDA ABREU, M. L., cuando propone, como mejor camino, un discurso feminista crítico. “Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?”, *InDret*, 4/2007, nº 123.

<sup>12</sup> Un titular que podría ser reemplazado por el de “las mujeres utilizadas en aras de una política penal expansionista”, VAN SWAANINGEN, R., *Papers d'Estudis i Formació*, nº 5, 1999, p. 98.

<sup>13</sup> SNIDER, L., *Criminologie*, nº 3, 1992, p. 20. También, BODELÓN GÓNZÁLEZ, E., “Cuestionamiento de la eficacia del Derecho penal en relación a la protección de los intereses de las mujeres”, *Emakunde*, nº 13, 1998, p. 194.

<sup>14</sup> LAURENZO COPELLO, P., “¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 798 ss.

esa “deriva punitivista” que hace escaso favor —cuando no perjudica— a la causa de las mujeres. Su análisis abierto y crítico quizás pueda contribuir a imaginar nuevos caminos de enfrentar las distintas manifestaciones de violencia contra ellas sin quebrantar las expectativas —por pocas que sean— que muchas feministas todavía conservamos en el sistema penal que conocimos bajo el techo de la modernidad<sup>15</sup>.

## II. VIEJOS Y NUEVOS PUNITIVISMOS EN LA AGENDA FEMINISTA

Tienen razón quienes sitúan a la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género como la norma que ha marcado la política criminal española en materia de violencia contra las mujeres<sup>16</sup>. Y es asimismo cierto que esta ley de reforma tuvo un fuerte valor simbólico y político, no sólo por la rentabilidad que las instituciones obtuvieron con ella al capitalizar el nuevo interés social hacia el problema y dar la impresión de realizar política “feminista” desde el poder, sino también para el propio feminismo, desmovilizado desde finales de los años ochenta, que encontró la ocasión para re-configurarse y re-movilizarse ganando más espacio social con la promoción de la denuncia del maltrato<sup>17</sup>.

Pero sus defectos eran y siguen siendo muchos. Por ejemplo, fue indeseable la idea de primar la magnitud del problema que acabó constituyéndose en una de las claves para mantener viva la conciencia social del mismo y asegurar la creciente intervención pública en su control. De ahí su ampliación del concepto de violencia, haciéndose comprensiva de agresiones leves y ocasionales, en detrimento de los casos más graves que han permanecido invisibilizados, tanto por su exclusión de la propia ley como por la práctica de los tribunales que, desde muy pronto, se vieron desincentivados a investigar las situaciones habituales de violencia que podían quedar escondidas detrás de la primera denuncia de malos tratos, consolidando con el tiempo una inercia judicial insolidaria y peligrosa para la seguridad de las mujeres. Además, los conflictos que la ley integral ha planteado en la práctica acaban afectando a todas las mujeres. La idea de que cualquier agresión contra ellas es un asunto público se ha llevado a sus últimas consecuencias hasta llegar a privarles del control de sus necesidades y de la autonomía de sus decisiones vitales. Manifestaciones de esa colonización legal son la persecución de oficio de estos delitos, la prohibición de mediación, la imposibilidad de retractarse de una denuncia previa o la obligación de acatar órdenes de alejamiento e incomunicación no deseadas, pudiendo llegar a verse inculcadas las mujeres en un procedimiento penal por cooperación necesaria en el delito de quebrantamiento de condena<sup>18</sup>.

El reciente Pacto de Estado aprobado por la gran mayoría de los Grupos Parlamentarios del Congreso y del Senado para mejorar y actualizar aquella Ley no ha hecho sino avanzar en esas

<sup>15</sup> Nadie mejor que SUSANA HUERTA TOCILDO, con su conocimiento privilegiado del derecho y de la doctrina constitucional, para denunciar los intentos de maximización penal desde la perspectiva de los principios de legalidad, proporcionalidad e igualdad en sus obras “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 39, 1993, p. 81; y “El principio de igualdad en el Derecho penal”, en GÓMEZ CAMPELO, E./VALBUENA GONZÁLEZ, F. (coord.), *Igualdad de Género. Una visión jurídica plural*, Burgos (Universidad de Burgos), 2008, pp. 168 ss.

<sup>16</sup> Últimamente VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El pacto de Estado contra la violencia de género, ¿más de lo mismo?”, *Política Criminal española en materia de violencia de género*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, p. 13.

<sup>17</sup> OSBORNE, R., “De la ‘violencia’ (de género) a las ‘cifras de la violencia’: una cuestión política”, *Empiria*, nº 14, 2007, pp. 3, 6.

<sup>18</sup> Así lo reconoce expresamente la PRESIDENTA DEL OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO DE CGPJ en su comparecencia en la Subcomisión para el Pacto de Estado, p. 18, disponible en [congreso.es/public\\_oficiales/L12/COG/BOCG/d/BOCG-12-D-200.PDF](http://congreso.es/public_oficiales/L12/COG/BOCG/d/BOCG-12-D-200.PDF).

líneas programáticas, como si fueran insuficientes, ante la realidad manifiesta de que “las mujeres siguen siendo controladas, amenazadas, agredidas y asesinadas”<sup>19</sup>. Publicado el 9 de octubre de 2017, contiene distintas propuestas de actuación muy significativas del nuevo avance criminalizador que se deja ver en buena parte de ellas<sup>20</sup>, algunas muy concretas como la supresión de las atenuantes de confesión y de reparación del daño en los delitos de violencia de género, la reforma de la agravante de reincidencia por delitos de distinta naturaleza sobre la misma víctima, la calificación no leve de las injurias y calumnias vertidas en las redes sociales o la extensión de la medida de libertad vigilada a todos los delitos de género...; otras, altamente imprecisas, como la de “evitar la impunidad” para los maltratadores en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar, que apuntan a dejar sin efectividad ese derecho de las víctimas reconocido en el art. 416 LECr y otras, por fin, cuando menos sorprendentes porque o ya están recogidas expresamente en la propia Ley integral como la prohibición de mediación<sup>21</sup> o suponen una intromisión problemática en la interpretación judicial de normas penales efectivas que las acogen en sus márgenes, como la aplicación de la agravante de género del art. 22, 4 CP a delitos selectivos como la mutilación genital o el acoso sexual (¿por qué no en los matrimonios forzados, las privaciones de libertad o los demás delitos sexuales?) o que están fuera de ellos y ni siquiera son contempladas por la jurisprudencia como la de “excluir la relevancia del consentimiento de la víctima” en la valoración de los casos de quebrantamiento de condena o de medida cautelar.

Pero el buscado efecto simbólico de este compromiso institucional, que bien podría haberse sustituido por una profundización en el estudio de las causas del fracaso de la vía represiva para conocerlas y contenerlas, no se detiene en lo que el propio Pacto califica como “violencia de género en general” sino que anuncia otros bloques temáticos que sólo fragmentariamente aparecen en las intervenciones de las/los comparecientes pero que pretenden ser el preludio de nuevas iniciativas legislativas. Algunas de ellas están aún por llegar —como la gestación subrogada o los nuevos delitos de género en las redes<sup>22</sup>—, otras comienzan ya a hacerse evidentes —como la violencia sexual, la trata o la prostitución— y otras, por fin, han encontrado reflejo legal —como la mutilación genital o los matrimonios forzados—<sup>23</sup>, con efectos visiblemente criminógenos para mujeres de identidades culturales diferentes<sup>24</sup>.

Todas son viejas —y no tan viejas— reivindicaciones en la agenda del feminismo institucional. No hay más que repasar el signo ideológico de la gran mayoría de las Asociaciones y de las/los vocales más significativos que comparecieron en la Subcomisión del Pacto dentro de la Comisión de Igualdad para expresar sus propuestas de actuación para comprobarlo<sup>25</sup>. Sólo unas pocas, muy pocas, representaban a otras voces feministas y su signo diferenciador era precisamente su huida del inter-

<sup>19</sup> Informe final, disponible en [congreso.es/...](http://congreso.es/...), cit., p. 116.

<sup>20</sup> Véase “Propuestas de actuación”, puntos 88 ss., pp. 129 ss., disponible en [congreso.es/public\\_oficiales/L12/COG/BOCG/d/BOCG-12-D-200.PDF](http://congreso.es/public_oficiales/L12/COG/BOCG/d/BOCG-12-D-200.PDF), cit.

<sup>21</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Prohibición del recurso a la mediación en materia de violencia de género”, ob. cit., 2018, pp. 117 ss.

<sup>22</sup> LLORIA GARCÍA, P., “La violencia sobre la mujer en el siglo XXI: sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño (1)”, *La Ley Penal*, n° 138, 2019, pp. 5 ss, 8 ss.

<sup>23</sup> Disponible en [congreso.es/public\\_oficiales/L12/COG/BOCG/d/BOCG-12-D-200.PDF](http://congreso.es/public_oficiales/L12/COG/BOCG/d/BOCG-12-D-200.PDF), cit., p. 7.

<sup>24</sup> MAQUEDA ABREU, M. L., 2014, pp. 200 ss.

<sup>25</sup> Sin pretensión de exhaustividad: Asociaciones como las de “mujeres separadas y divorciadas”, “mujeres progresistas”, “Clara Campoamor”, “Ve la Luz”, “Organización de mujeres por la abolición de la prostitución”, “contra las mutilaciones genitales”, “Médicos del Mundo”... o comparecientes vinculadas al menos cercanas al feminismo de Estado como la Delegada del Gobierno para la violencia de género, la presidenta del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ, Fiscal coordinador de extranjería, Inmaculada Montalbán, Miguel Lorente, Ana de Miguel...

vencionismo penal en el afrontamiento de problemas sociales tales como la violencia, la inmigración o la prostitución voluntaria, promoviendo las vías preferentemente preventivas sobre las represivas, volcando su atención sobre las necesidades de las mujeres y sus condiciones materiales de existencia<sup>26</sup>.

Lo que parece innegable, en todo caso, es que la campaña punitivista sigue en marcha y está afectando de modo primordial a temas siempre recurrentes como la prostitución y la trata u otros que, por distintas razones, han irrumpido con inusitada fuerza en el panorama político y social español como la pornografía, la gestación subrogada y las agresiones sexuales. Veámoslos con algún detenimiento.

No es un secreto para nadie que el feminismo institucional es abolicionista. Lemas tales como “soy abolicionista porque soy feminista”, promovidos por las Comisiones organizadoras oficialistas, cubrieron con carteles las calles de todo el país en las últimas manifestaciones del 8 de marzo como iniciativa de combate contra la prostitución que algunas militantes del feminismo de los derechos calificaron de “caballo de troya antifeminista”<sup>27</sup>. Una pretensión excluyente que persiste desde los años en que el feminismo radical abandonó su talante originario, menos intolerante y más solidario en la representación colectiva de las mujeres. Cuenta Gil que todavía en 1991 el movimiento feminista apoyó las demandas de las trabajadoras del sexo contra su segregación y su criminalización en un manifiesto que fue subvencionado por el Instituto de la Mujer<sup>28</sup>. Hoy sería impensable un gesto de esas características a la vista de los nuevos recorridos que se dejan ver en la campaña del feminismo institucional contra la prostitución (voluntaria). Me refiero, por ejemplo, a las acciones legales emprendidas desde sus filas en 2018 para ilegalizar el sindicato “Otras” que no fue sino un intento malogrado de lucha por defender, en condiciones de igualdad, los derechos laborales y sociales básicos de un sector tan oprimido y marginado como el de la prostitución<sup>29</sup>; o a sus fuertes presiones para cancelar actos públicos donde las trabajadoras sexuales pudieran expresar sus voces<sup>30</sup>; o también, a su pretensión, seguramente exitosa, por llevar al Código penal la prohibición del proxenetismo lucrativo aún consentido y sin explotación, de la tercería locativa y de los clientes de la prostitución que ya se contempla con penas relevantes en uno de los borradores oficiales de la Ley integral contra la Trata que lleva anunciando desde hace tiempo el ejecutivo socialista y que se pronostica que saldrá a la luz si se mantiene en el gobierno. Un proyecto de ley en

<sup>26</sup> Se me ocurren, entre otras, referencias a Cedaw, Proyecto Esperanza, Hetaira, Amnistía Internacional o Emakunde.

<sup>27</sup> <https://diario16.com/abolicionismo-anti-prostitucion-feminista-usado-caballo-troya-antifeminista>. Es representativo, sin embargo, el dato de que el 60,4 % de la ciudadanía está a favor de la regulación y sólo el 11,5% se declara abolicionista <https://ctxt.es/es/20190227/Politica/24654/Bel%C3%A9n-Barreiro-encuesta-barometro-feminismo.htm>

<sup>28</sup> GIL, S. L., *Nuevos feminismos. Sentidos comunes en la dispersión*, Madrid (Traficantes de Sueños), 2011, nota n° 72, p. 169.

<sup>29</sup> Esas demandas fueron protagonizadas por la Comisión para la Investigación de Malos Tratos a Mujeres y la Plataforma Estatal de Mujeres por la Abolición de la Prostitución y resultaron atendidas por la sentencia 174/2018, de 19 de noviembre de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que declaró la sindicación contraria al ordenamiento jurídico. Sus argumentos están disponibles en [laboral-social.com/sites/laboral-socialcom/files/NSJ059150\\_0.pdf](http://laboral-social.com/sites/laboral-socialcom/files/NSJ059150_0.pdf). Merece consultarse el manifiesto de apoyo a esa iniciativa sindical por parte de otros feminismos en [ctxt.es/es/20181107/Politica/22765/Manifiesto/OTRAS-feminismo-prostituciones-trabajo-sexual-juicio-sindicato.html](http://ctxt.es/es/20181107/Politica/22765/Manifiesto/OTRAS-feminismo-prostituciones-trabajo-sexual-juicio-sindicato.html).

<sup>30</sup> Sirva de ejemplo la controvertida cancelación de un acto académico de estas características en la Universidad de A Coruña (<https://www.udc.es/novas/Comunicado-da-Universidade-da-Coruna-sobre-as-xornadas-de-traballo-sexual/>) que ha tenido una seria repercusión en contra por parte de sectores de la Universidad y del feminismo contrahegemónico. Más información en [https://peticion.es/por\\_unha\\_unha\\_udc\\_con\\_luz\\_propia](https://peticion.es/por_unha_unha_udc_con_luz_propia); <http://back.ctxt.es/es/20190911/Firmas/28259/Clara-Serra-debate-universidad-A-Coru%C3%B1a-prostitucion-libertad-de-expresi%C3%B3n.htm#.XX1AqQ-nazs.whatsapp>

Veinte Universidades españolas decidieron unánimemente el 17 de octubre de este año organizar debates sobre trabajo sexual, bajo el marco #UniversidadSinCensura. Véase la noticia en <https://www.elsaltodiario.com/feminismos/veinte-universidades-coonvocan-actividades-de-debate-sobre-el-trabajo-sexual>.

elaboración desde 2018 que señala sin ambages como objetivo final “terminar con la prostitución” y a cuyo servicio se ponen desde las medidas de sensibilización y prevención hasta esas ansias represivas que poco o nada tienen que ver con la protección de las verdaderas víctimas de la trata y ni siquiera con la de quienes se ven obligadas a soportar un régimen coercitivo de “prostitución”, siempre olvidadas y cuyos nombres parecen querer ser relegados a simples relatos invisibilizados en el contexto de las sentencias penales<sup>31</sup>.

Pero en su campaña contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres, el abolicionismo viene desarrollando también renovados esfuerzos para la ilegalización de la pornografía, que todavía está por venir<sup>32</sup> o la prohibición de los llamados “vientres de alquiler” que ya comienza a visibilizarse. La pretendida consideración de ambas como formas de violencia de género son, sin lugar a dudas, la antesala de su potencial criminalización.

En su artículo “La pornografía como pedagogía de la prostitución”, Cobo habla desde el feminismo académico de las representaciones pornográficas como “uno de los emplazamientos teóricos más adecuados para comprender la raíz de la opresión patriarcal pues el elemento simbólico central del imaginario pornográfico es el control y el dominio de la sexualidad de las mujeres”, por eso es “central para entender la economía política de la prostitución y los procesos materiales de mercantilización de la sexualidad y de los cuerpos de las mujeres”. Ella misma anuncia que, en tanto que manifestación de violencia sexual auspiciada desde el capitalismo neoliberal y los patriarcados contemporáneos, la pornografía se convertirá en pocos años en objeto de intervención política. Será en nombre de la igualdad, anuncia la autora, y como antítesis de la idea de libertad sexual y de subversión de la normatividad sexual que reivindican, hoy como antes, amplios sectores del feminismo no hegemónico<sup>33</sup>.

Ese clima de debate está hoy aún más actualizado en cuanto a la maternidad subrogada o gestación por sustitución tanto en el contexto estrictamente jurídico como en el del feminismo contemporáneo donde, una vez más, se dejan ver controvertidas posiciones en favor de su regulación o de su prohibición según que esa práctica sea concebida como derecho reproductivo asociado al ejercicio de la libertad individual o bien como forma de explotación y cosificación de las mujeres relacionada con la desigualdad de género y de clase<sup>34</sup>, como defienden las feministas radicales. Bajo el lema “no somos vasijas”, han comenzado una campaña auspiciada por feministas filósofas y constitucionalistas que basan sus reivindicaciones en el rechazo a una práctica que, a su juicio, implica el control sexual de las mujeres y un ataque a su dignidad y a sus derechos humanos cuando “son usadas como contenedores y sus capacidades reproductivas son compradas”<sup>35</sup>. Ante una

<sup>31</sup> Con detalle, MAQUEDA ABREU, M. L., “La “prostitución forzada” es una forma agravada de agresión sexual: propuesta para una reforma imprescindible en *Libro Homenaje al Profesor Luzón Peña*, (en prensa).

<sup>32</sup> Que ya se dejan ver en las campañas públicas a favor del abolicionismo. Véase, por ejemplo, [tribunafeminista.elplural.com/2019/02/este-8-de-marzo-nos-vamos-a-la-huelga-por-la-abolicion-de-la-mercantilizacion-del-cuerpo-de-las-mujeres.html](http://tribunafeminista.elplural.com/2019/02/este-8-de-marzo-nos-vamos-a-la-huelga-por-la-abolicion-de-la-mercantilizacion-del-cuerpo-de-las-mujeres.html).

<sup>33</sup> COBO, R. “La pornografía como pedagogía de la prostitución” en RODRÍGUEZ RUIZ, B., *Autonomía, género y derecho*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 83, 88, 97 ss. Sobre una versión actualizada de los debates feministas acerca de la pornografía desde sus inicios, PRADA PRADA, N., “¿Qué decimos las feministas sobre la pornografía? Los orígenes de un debate”, *Autonomía, género y derecho*, cit. 2019, pp. 46 ss. Críticamente acerca de los efectos indeseables de esta nueva explosión *sex war*, ALABAO, N., “El feminismo que se mira en el espejo del conservadurismo”, en <http://www.mientrastanto.org/boletin-184>.

<sup>34</sup> Véase Emakunde en su informe final sobre “Gestación subrogada o vientres de alquiler?”, en [emakunde.blog.euskadi.eus/wp-content/uploads/2018/07/INFORMECompleto21042018.pdf](http://emakunde.blog.euskadi.eus/wp-content/uploads/2018/07/INFORMECompleto21042018.pdf).

<sup>35</sup> Manifiesto contenido en el periódico feminista *Mujeres en red*, disponible en [mujeresenred.net/spip.php?article2199](http://mujeresenred.net/spip.php?article2199). También, FLORES ANARTE, L., “Maternidad subrogada: cuando se hace del deseo una necesidad y de la necesidad un negocio”, en RODRÍGUEZ RUIZ, B., *Autonomía, género y derecho*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 312 ss.

realidad legal y jurisprudencial compleja e insuficiente, se evidencia muy importante la correlación de fuerzas que pugnan en una u otra dirección y que hacen temer, otra vez, el intervencionismo punitivo ante un bien jurídico tan perturbador como la defensa de la dignidad de las mujeres que consienten libremente en gestar para otras mujeres (o varones), aún de forma altruista porque desde el feminismo institucional se entiende que “esa supuesta “generosidad”, “altruismo” y “consentimiento” de unas pocas solo sirve de parapeto argumentativo para esconder el tráfico de úteros y la compra de bebés estandarizados según precio”<sup>36</sup>. No sorprende que hayan sido precisamente esas ideas y, en concreto, la de “compraventa de bebés”, las que han venido ocupando los últimos titulares de la prensa de agosto de 2019 donde se anuncia la solicitud del Gobierno a la Fiscalía general del Estado para que promueva la persecución de las “mafias que trafican con los vientres de las mujeres” dado que “el tráfico de personas está penalizado en España”<sup>37</sup>. La ofensiva punitivista parece, pues, haber comenzado.

Pero todavía hay más. No sería posible concluir este panorama descriptivo de punitivismos feministas sin tomar en cuenta las últimas movilizaciones de protesta contra la “justicia patriarcal”<sup>38</sup> que, con buenas razones, se extendieron por todo el Estado español a raíz de las primeras sentencias judiciales de la Audiencia Provincial de Navarra (38/2018, de 20 de marzo) y del Tribunal de Justicia de Navarra (7/2018, de 30 de noviembre) acerca del conocido caso de la Manada ocurrido en los sanfermines de Pamplona en 2016. La “manada feminista”, como la llamaron algunos medios de comunicación<sup>39</sup> saltó a las calles y bajo la consigna #YoSiTeCreo dirigida a quien había sido la víctima de las violaciones múltiples vaginales, orales y anales, hasta diez, protagonizadas por cinco varones que quedaron en libertad provisional tras su condena por simples abusos sexuales de prevalimiento, acaparó durante meses la atención de la opinión pública preparando el terreno para una reforma legal de los delitos sexuales que ya está en marcha. No faltaban motivos para esas proclamas multitudinarias que han sido promovidas, también según esa misma prensa, por más de 130 organizaciones feministas pues esos primeros pronunciamientos judiciales generaron un sentimiento colectivo de injusticia y frustración, de desconfianza en la justicia, a los que resultaba difícil sustraerse. Un malestar social que justifica con creces ese relato detallado.

Cómo explicarse, por ejemplo, el empecinamiento de los juzgadores en no apreciar intimidación ambiental pese a reconocer que la joven “estaba agazapada, acorralada contra la pared, que expresó gritos que reflejan dolor, que estaba atemorizada y sometida de esta forma a la voluntad de los procesados”, tal como se evidenció en los vídeos que los acusados interrumpieron a la vista del “cariz que tomaron los hechos”; o sus esfuerzos por valorar una falta de resistencia que no es requisito legal pero que, además, quedó suficientemente justificada al declararse probado que la víctima “sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad determinándole a hacer lo que los procesados le decían manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados”<sup>40</sup>; o también su cuestionable sometimiento

<sup>36</sup> Punto 5 del Manifiesto referido en nota anterior.

<sup>37</sup> Disponible en [rtve.es/noticias/20190812/justicia-pide-fiscalia-investigue-agencias-vientres-alquiler-operan-espana/1977090.shtml](http://rtve.es/noticias/20190812/justicia-pide-fiscalia-investigue-agencias-vientres-alquiler-operan-espana/1977090.shtml). Más información sobre su carácter punible en [https://judicial.elconfidencialdigital.com/articulo/rumor\\_de\\_togas/juristas-dudan-gestacion-subrogada-es-punible/20190812191216002831.html](https://judicial.elconfidencialdigital.com/articulo/rumor_de_togas/juristas-dudan-gestacion-subrogada-es-punible/20190812191216002831.html).

<sup>38</sup> <https://www.20minutos.es/noticia/3678574/0/sentencia-manada-concentraciones-manifestacion-protesta-tribunal-supremo/>

<sup>39</sup> “Tranquila hermana, esta es tu manada”, era la consigna: [https://www.wlplural.com/sociedad/la-manada-feminista-llega-hasta-el-congreso-al-grito-de-verguenza\\_127010102](https://www.wlplural.com/sociedad/la-manada-feminista-llega-hasta-el-congreso-al-grito-de-verguenza_127010102)

<sup>40</sup> Otras evidencias sumamente reveladoras de esa intimidación ambiental en FARALDO CABANA, P./RAMÓN RIBAS, E., “La sentencia de la manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”, en FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M. (coord), *La Manada*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2018, pp. 267 ss.



de la mujer a una revictimización innecesaria, haciéndole soportar sucesivas pruebas periciales psicológicas para justificar su actitud “intuitiva y no racional” durante los hechos” o “la normalidad de su reacción” después de los hechos “pese a los sentimientos que le abrumaban y el desasosiego que le embargó” o para conocer los rasgos de su personalidad, sus experiencias sexuales anteriores o su estabilización psicológica previa que supuestamente resultaban útiles en orden a valorar un posterior estrés postraumático que se sabe que los tribunales consideran inherente a cualquier delito sexual grave y que, por tanto, eran asimismo superfluas para el enjuiciamiento del caso... Un proceder judicial que fue asumido en su valoración y en sus conclusiones por la sentencia posterior del Tribunal Superior de Justicia 473/2018, de 30 de noviembre que, pese a los votos particulares de dos de los magistrados discrepantes, se limitaría a revisar algunas de las expresiones más indicativas de las violaciones que se habían consumado, como las que aludían a la “encerrona que habían tendido a la denunciante” o las que describían un “escenario de opresión” o una “atmósfera coactiva” que ciertamente chirriaban con la calificación final de abuso de prevalimiento. Ha habido que esperar unos meses hasta que el Tribunal Supremo en su sentencia 344/2019, de 4 de julio, apreciara un error de subsunción jurídica del Tribunal de instancia, transformara el supuesto prevalimiento en una efectiva intimidación y calificara los hechos de violación continuada, agravada por la actuación conjunta de los agresores y el uso de medios especialmente degradantes y vejatorios para la víctima, como correspondía a una valoración ponderada de los hechos.

La lectura mediática de ese fallo jurisprudencial lo atribuiría a “un triunfo del movimiento feminista”, recogiendo el sentir de políticas, activistas y académicas que celebraron ese cambio de rumbo tan imprescindible en la jurisprudencia penal y confiaron, seguramente más de lo necesario, en la reforma penal de esos delitos<sup>41</sup>. Ahora es ahí donde se sitúa el centro del debate.

Por el momento se sucedieron dos propuestas formales de reforma en torno a las cuales giró la polémica planteada en el seno de la academia penal. Una, procedente de Unidos Podemos/En Común Podem/En Marea y otra que tenía su origen en la Sección Penal de la Comisión de Codificación, ambas de finales de 2018, que con algunas modificaciones más o menos relevantes<sup>42</sup>, propusieron básicamente la unificación de las figuras de agresión y abuso sexual bajo la idea de eliminar la exigencia de violencia e intimidación como identificativa de sus diferencias y de concentrar la esencia de las agresiones sexuales, como atentado sexual básico, en la ausencia de consentimiento de la víctima y no, como ahora, en la anulación de su voluntad.

En realidad, ambas proposiciones de Ley, inspiradas en las líneas directrices del Convenio de Estambul de 2011<sup>43</sup>, conformaron un único frente reformista —y feminista— que chocó con la resistencia de muchas voces de la comunidad científica penal contrarias a modificar esos delitos y su respuesta punitiva. En las últimas reuniones del Grupo de Estudios de Política Criminal, constituido por académicos, jueces y fiscales, se visibilizó ese hondo desencuentro con el triunfo decisivo de la mayoría más inmovilista. Uno de sus máximos representantes, Díez Ripollés, argumentó su posición contraria a la reforma por diversas discrepancias acerca del modelo de tipificación formulado y la voluntad de sus proponentes de utilizar el Derecho penal como instrumento comunicacional y promocional encargado de modificar valores sociales a través de la amenaza de la pena y, sobre todo, por situar la libertad sexual en un contexto identitario: “ya no se trata —afirma— de

<sup>41</sup> Véanse [elpais.com/sociedad/2019/06/21/actualidad/1561123731\\_919303.html](http://elpais.com/sociedad/2019/06/21/actualidad/1561123731_919303.html); [elpais.com/sociedad/2019/06/22/actualidad/1561207242\\_831447.html](http://elpais.com/sociedad/2019/06/22/actualidad/1561207242_831447.html)

<sup>42</sup> Para un análisis de fondo, DIEZ RIPOLLÉS, J. L., “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, *RECPC*, n.º 21-10, 2019, pp. 8 ss.

<sup>43</sup> ACALE SÁNCHEZ, M. “Tratamiento penal de la violencia sexual, la forma más primaria de violencia de género”, en FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M. (coord), *La Manada*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2018, p. 91.

una autorrealización personal sino de un enfrentamiento entre dos grupos antagónicos, hombres y mujeres, estructuralmente enfrentados debido a la sociedad patriarcal vigente en que el primero ejerce su dominación sobre el segundo”. Un derecho penal identitario que, a su juicio, desplaza el enfoque de la protección de intereses individuales importantes de todos y cada uno de los ciudadanos hacia la protección de intereses propios de determinados colectivos sociales, aun a costa de perder la imparcialidad y la mesura en el enjuiciamiento de la conducta delictiva y potenciar la exasperación indefinida del *ius puniendi*<sup>44</sup>.

Entiendo que más allá del modelo integral, si se quiere discutible, que proponen los sectores partidarios de la reforma penal de estos delitos, el debate se centra en la necesidad o no de incorporar una perspectiva de género en su regulación, que para unos es imprescindible para atender las necesidades de protección de sus víctimas y para los otros contraproducente porque desborda los límites que asignan al derecho penal como instrumento neutro de tutela de bienes individuales. Pero lo cierto es que nada hace pensar que las criticadas propuestas de reforma tengan un signo discriminatorio que esté privilegiando los intereses propios de un sexo frente a otro, porque el conocimiento que da la experiencia a las mujeres, que son las que sufren estos delitos de manera preponderante, permite incorporar una perspectiva privilegiada. Sus saberes propios acumulan una larga lista de agravios como la imprecisa valoración de su consentimiento favorecida por un escenario legal todavía vigente que lo gradúa hasta la exasperación para diferenciar los comportamientos más graves (agresiones) de los menos graves (abusos) y que, por ende, acaba descansando en el inquietante examen de sus actitudes y de su posición frente al agresor en lugar de concentrarse en las conductas violentas que este protagoniza. Y no otro parece ser el objetivo final de la reforma en curso cuando propone reformular los tipos penales para evitar la victimización secundaria de las mujeres<sup>45</sup> a la que los tribunales apenas renuncian por su falta de conciencia acerca del ataque que supone a esa autorrealización personal a que se refiere Díez Ripollés, que no es sino la expectativa de las víctimas de que su capacidad de autodeterminación, su dignidad y su seguridad estén adecuadamente protegidas sin injerencias intolerables en su intimidad, bienes todos de valor preeminente y que poco tienen que ver con ninguna “penetración de enfoques moralizantes” en su defensa, como afirma el autor, ni con el supuesto intento de renunciar a “refinadas construcciones dogmáticas que permiten un abordaje depurado del caso concreto”<sup>46</sup> que, en casos como el que ha motivado la reforma y con seguridad en muchos más, brillan por su ausencia. Y ahí se detienen, en mi opinión, los criticados efectos comunicativos que el nuevo Anteproyecto de Ley de Garantía de la Libertad Sexual<sup>47</sup> busca trasladar a la ciudadanía, masivamente movilizadora por la indignación ante los últimos acontecimientos y también marcada por el daño social que supone constatar la pervivencia de esquemas de violencia poderosos sobre las mujeres a los que ni las leyes ni los tribunales han sabido dar la respuesta que requieren desde el Derecho penal<sup>48</sup>. Otra cuestión es que el texto propuesto merezca ser debatido y revisado.

Pero, más allá de punitivismos, no hay que confundir la pretensión de incorporar la perspectiva y las necesidades de protección de las mujeres ni la reforma puntual de ciertos tipos penales con esa otra demanda indiscriminada de más derecho penal para solucionar los problemas sociales que

<sup>44</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *RECPC*, 2019, pp. 5, 28 y 29

<sup>45</sup> ACALE SÁNCHEZ, M./ FARALDO CABANA, P., “Presentación”, en FARALDO CABANA, P./ACALE SÁNCHEZ, M. (coord), *La Manada*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2018, p. 25.

<sup>46</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *RECPC*, 2019, pp. 6 y 29 respectivamente.

<sup>47</sup> APLO\_Garantía de la Libertad Sexual VF\_2020\_03\_03.pdf

<sup>48</sup> Esta idea en ASÚA BATARRITA, A. “Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, *Emakunde*, 1998, p. 83.

las implican. Porque en este debate, ninguna de las partes cuestiona la lesividad de los comportamientos que atentan contra su libertad sexual ni la necesidad de actuar para contrarrestarlos, sino solo su diversa articulación penal para promover mejores modelos de abordaje de la violencia que sufren las mujeres sin caer en la visión ingenua de pensar que el aparato penal, con sus demostradas insuficiencias, es un aliado de confianza para salvaguardar sus derechos más inalienables. Y ahí residen las diferencias que el mejor feminismo propone para utilizar con cautela los circuitos del castigo penal: la revisión permanente del grado de dañosidad social de los comportamientos que las oprimen y el cuestionamiento de las estructuras de dominio que lo permiten junto a una toma de conciencia colectiva ineludible acerca de los enormes costes que la victimización les alcanza.

### III. OTROS DISCURSOS, OTRO FEMINISMO

Nada que ver, pues, con las propuestas maximalistas del feminismo institucional y su pretensión de transformar al Derecho penal en un vigoroso instrumento feminista capaz de simbolizar la desaprobación social de determinados comportamientos y concitar el apoyo político que necesitan para criminalizarlos. El ingrediente simbólico es su mejor baza pero deja silenciadas a su paso la perspectiva y las necesidades de amplios espacios de mujeres que se ven implicadas en ese “juego sobre la verdad” a que se refiere Gil y que consiste en definir, desde la autoridad y la “legitimidad” que le da el poder de representación que se arroga ante las instituciones, lo que se hace visible y lo que debe quedar invisible, lo decible y lo indecible, el dentro y el afuera, lo que está en el centro y debe quedar en los márgenes, confundiendo así la complejidad de lo real<sup>49</sup>.

Da igual que se trate de maltrato ocasional o habitual, de prostitución voluntaria o forzada, de traslado consentido para la industria sexual o de trata sexual coercitiva, de pornografía abusiva o de la que no lo es, de una maternidad subrogada libremente decidida o sometida a explotación, de un piropo o de un acoso sexual más o menos ocasional... todos quedan atrapados bajo la ubicua etiqueta de una violencia de género que debe ser uniformemente criminalizada. Mujeres siempre víctimas, no autónomas, no interlocutoras.

De ahí que, con sus discursos abiertamente reduccionistas, este feminismo hegemónico desprecie otras técnicas de solución del maltrato leve que no pasen por la criminalización o se empeñe en desconocer la realidad de las mujeres que no quieren denunciar o declarar contra su agresor o que, en su caso, promueven su acercamiento pese a haber sido maltratadas; o combata, sin complejos, la lucha por los derechos sociales y laborales de las trabajadoras del sexo a las que condena a dosis crecientes de estigma y marginalidad mientras que deja en un silencio cómplice a quienes son víctimas de un régimen insostenible de “prostitución forzada”; o no pugne por exigir la derogación de leyes, como la de extranjería, que instrumentaliza a las inmigrantes traficadas más vulnerables; o ignore o ridiculice incluso la voz de quienes, desde la marginalidad de sus opciones identitarias, como el caso de las mujeres trans, se ven cuestionadas como sujetos del feminismo<sup>50</sup>, olvidando, desde la prepotencia que le brinda sus relaciones con el poder, la vocación transformadora de ese

<sup>49</sup> GIL, s. l., 2011, p. 110.

<sup>50</sup> Últimamente sobre esta polémica en las redes tras la intervención pública de AMELIA VALCÁRCCEL desde el feminismo institucional (<https://www.pikaramagazine.com/2019/07/transmisoginia-feminismo/> o “Ruge la caverna” en *Ctxt*, n° 230, 17/7/2019). Para un análisis en profundidad de las luchas por una identidad múltiple en el seno del feminismo, ARISÓ SINUÉS, O./MÉRIDA JIMÉNEZ, R. M., *Los géneros de la violencia. Una reflexión queer sobre la “violencia de género”*, Barcelona/Madrid (Egales), pp. 70 ss. En cuanto a sus recorridos en el Estado español a partir de los años 90, GIL, S. L., 2011, pp. 167 ss.

otro feminismo inclusivo que reivindica, más allá de ontologismos (ser mujer) y fragmentaciones, la emergencia de un sujeto político que combata por los derechos de quienes se encuentran en posiciones más desvalidas<sup>51</sup>.

Estos son los retos pendientes: otros discursos, otro feminismo más transversal, menos autoritario, menos paralizante.

<sup>51</sup> Una idea de PALOMA URÍA sobre la que reflexionar, “El sujeto político del feminismo” (de próxima publicación en la revista gallega *Andaina*), que está muy presente en el análisis de SEGAL, L. cuando reivindica, como signo de identidad del feminismo, la lucha por las mujeres que son relegadas a los márgenes, *Why Feminism? Gender, Psychology, Politics*, New York (Columbia University Press), 2000, pp. 200, 231. Para una visión más amplia de los contenidos de ese “nuevo feminismo”, de signo anticapitalista y emancipador, véase ARRURUA, C./BHATTACHARYA, T./FRASER, N., y su recientemente aparecido *Manifiesto de un Feminismo para el 99%*, Barcelona (Herder), 2019.

# LA CRIMINALIZACIÓN DE LA SOLIDARIDAD: CUANDO EL DEBER DE AUXILIAR SE CONVIERTE EN DELITO

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA\* \*\*

## I. ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLAMOS?

“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 2018<sup>1</sup>.

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 conceptuar conductas solidarias como delito y perseguir como delincuentes a quienes las llevan a cabo. En muchos casos se solicita para estas personas elevadas penas de prisión y, aunque finalmente pudieran resultar absueltos, la acusación penal comporta serios perjuicios económicos, profesionales y personales.

\* Catedrática de Derecho penal. Universidad Complutense de Madrid.

\*\* Este artículo ha sido escrito en el marco del Proyecto I+D+i “La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” (IUSMIGRANTE), [DER2016-74865-R (AEI/FEDER, UE)] y del Proyecto I+D+i “Exclusión social y sistema penal y penitenciario” (PID2019-105778RB-I00), que coinciden temporalmente durante unos meses debido a la prolongación excepcional del primero a causa de la pandemia Covid 19. Es una versión ampliada del publicado en *Crítica penal y Poder*, núm. 19.

<sup>1</sup> RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, *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 2018, (A/HRC/37/51).



Con esta persecución no se pretende solo castigar el caso concreto, sino también desincentivar a través de la amenaza, evitar que esas conductas solidarias puedan extenderse, estrechando con ello el círculo de la persecución alrededor de las personas “sin papeles”. Es más, estas normas de extranjería promueven la desigualdad y el racismo. Como señala Ferrajoli, “si la igualdad y la participación común en los derechos son un factor de educación cívica, que promueve la percepción del diferente como igual, inversamente la desigualdad jurídica es un factor de des-educación, que genera una imagen del otro como alguien naturalmente inferior, porque ya es jurídicamente inferior. Es un círculo vicioso. Precisamente, porque, sin derechos, el inmigrante es percibido como antropológicamente desigual. Y esta percepción racista, a su vez, legitima la discriminación en los derechos. Cuanto mayor es la exclusión social producida por la discriminación jurídica, tanto mayor es la demanda de leyes racistas y el consenso hacia ellas”<sup>2</sup>.

## II. 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 el caso de la alemana Carola Rackete, procesada por 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.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, L., “Políticas contra los migrantes y crisis de la civilidad jurídica”, *Crítica penal y Poder*, núm. 18, 2019, p. 186.

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 quedarse<sup>3</sup>.

## III. 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 no gubernamentales o agrupaciones de apoyo religiosas”<sup>4</sup>. Es decir, el mencionado Protocolo tan solo 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. No obstante, constata el mencionado grupo de trabajo que muchos Estados partes en el Protocolo no habrían incluido el elemento de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” como elemento esencial de los tipos penales relacionados con los movimientos migratorios<sup>5</sup>.

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 derechos de las

<sup>3</sup> Puede consultarse la recopilación de casos contenida en INSTITUTE OF RACE RELATIONS, *Humanitarianism: the unacceptable face of solidarity*, London, 2017. Otros ejemplos en *El País*, “Cuando la solidaridad con el refugiado deriva en una acusación de delinquir”, 5 de mayo de 2017.

<sup>4</sup> GRUPO DE TRABAJO SOBRE TRÁFICO ILÍCITO DE INMIGRANTES, “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, apartado 13.

<sup>5</sup> El mismo grupo de trabajo que en la nota anterior, apartado 19.

personas<sup>6</sup>. 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 Unión Europea 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<sup>7</sup>. En el siguiente epígrafe me detendré en este país y en la situación en el Mediterráneo central.

<sup>6</sup> Un análisis de la normativa europea en materia migratoria, en: POMARES CINTAS, E, “La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 7, septiembre 2014, febrero 2015, pp. 143-174.

<sup>7</sup> El estudio “*Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*”, presentó como primera conclusión la necesidad de reformar el “Facilitators Package”, configurando como obligatorio para los Estados miembros la introducción de la exención de responsabilidad penal en los casos de ayuda humanitaria en la entrada, tránsito o permanencia, así como que esta exención se configure no sólo como un instrumento de defensa durante el juicio, sino de tal manera que evite el procesamiento. Además, se recomienda que el beneficio económico constituya un elemento del tipo básico de favorecimiento a la inmigración irregular y que se describa de tal manera que solo abarque enriquecimientos o beneficios “injustos”, para que no puedan ser criminalizados aquellos que prestan servicios de buena fe (CARRERA, J. et. al., *Fit for purpose? The Facilitation Directive and the criminalisation of humanitarian assistance to irregular migrants*, estudio encargado por el Departamento Temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales del Parlamento Europeo, 2016, pp. 64-65). Sin embargo, en marzo de 2017, la Comisión Europea publicó su evaluación sobre la Directiva de facilitación y la Decisión marco y concluyó que no era necesario su revisión. Entiende que no es posible afirmar una significativa persecución y castigo de individuos u organizaciones que prestan ayuda humanitaria, si bien algunos actores percibirían dicho riesgo. Para evitar la criminalización de una genuina asistencia humanitaria, bastaría la efectiva implantación del marco legal existente y una mejor comunicación entre los operadores jurídicos [COMISIÓN EUROPEA, *Refit evaluation of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: The Facilitators Package (Directive 2002/90/EC and Framework Decision 2002/946/JHA)*, Bruselas, 22 de marzo 2017, p. 35].

#### IV. LA NECROPOLÍTICA. 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 2019 incluido, habrían muerto en el Mediterráneo 14.119 personas<sup>8</sup>. 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 Unión Europea 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 Unión Europea, cuya misión prioritaria no era la de salvamento, ni intervenían en toda la zona. La última, la operación Sophia, fue 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 en sellar la ruta, en 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 estatales<sup>9</sup> 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

<sup>8</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES, *Missing Migrants. Tracking death along migratory routes*, 2019, disponible en: <https://missingmigrants.iom.int/> (acceso: 8 de noviembre de 2019).

<sup>9</sup> Numerosos informes documentan esta situación de violencia en Libia. Entre ellos podemos destacar el impactante informe de ORGANIZACIÓN 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.

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 al paroxismo con el exministro de Interior Salvini, que consiguió aprobar normas 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.

## V. SALVAR VIDAS NO PUEDE SER DELITO

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 italiano<sup>10</sup>, 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 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 manteniendo, sino también dejando de auxiliar y también impidiendo que otros salven vidas.

<sup>10</sup> El episodio se saldó 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 detención ilegal de las personas retenidas. Al tiempo de redactar este artículo, el Senado italiano, con fecha 12 de febrero de 2020, levantó la inmunidad, autorizando el procesamiento de Salvini por un delito de “abuso de poder y secuestro de personas” por obstaculizar el desembarco de 131 personas rescatadas en julio de 2019 por una nave militar italiana, estando pendiente que se pronuncie en relación con incidente del *Open Arms*.

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 pudiese 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 concurren 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 nuestro ordenamiento jurídico, rescatar personas en dificultades en el mar, no puede ser un delito.

## VI. ¿QUÉ ESTÁ PASANDO EN ESPAÑA?

Para finalizar este artículo un repaso a la situación en España

### 1. El delito de favorecimiento de la inmigración y otras normas criminalizadoras de la solidaridad

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), introdujo una cláusula de no punición “cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria” y estableció 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. 311 bis 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<sup>11</sup>. 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).

## 2. Interpretación y aplicación del delito de favorecimiento de la inmigración y de la exención de pena por ayuda humanitaria

Un repaso por la jurisprudencia penal nos llevaría a pensar que no acostumbra a hacerse uso del Derecho penal para castigar comportamientos solidarios. Afortunadamente todavía no hemos llegado al nivel de represión de la solidaridad de otros países, pero haríamos mal en no preocuparnos<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> En trasposición de 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 sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. Esta Directiva obliga a los Estados miembros a prohibir el empleo de nacionales de terceros países y a castigar penalmente este comportamiento cuando concurren determinadas circunstancias (art. 9).

<sup>12</sup> La extrema derecha, también en nuestro país, ha traído con ella a las instituciones un discurso criminalizador de la solidaridad. Por poner un ejemplo, 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 solo ha empezado a propagarse.

El que no trascienda el castigo de comportamientos solidarios, no quiere decir que tal punición no exista y que en ocasiones no se identifiquen como tales supuestos que podrían interpretarse desde esta perspectiva. Permitase poner un conocido ejemplo.

Quizá 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, Ali 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<sup>13</sup>. Ali fue detenido y 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. El fiscal solicitó 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). No se aplicó la cláusula de no punición de haber prestado ayuda humanitaria.

Como ya he dicho, la posibilidad, prevista en la Directiva 2002/90/CE, de no castigar cuando el objetivo de la conducta sea prestar ayuda humanitaria, fue introducida en nuestro ordenamiento interno por la LO 1/2015, de reforma del Código penal. Hasta esta reforma se castigaba con elevadas penas de prisión (de cuatro a ocho años) a quien “*directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea*”. El rigor punitivo unido al tenor del precepto motivó una jurisprudencia muy variada en la interpretación del tipo básico del 318 bis. Por un lado, se encuentran sentencias que subsumían sin problema la ayuda desinteresada a la entrada irregular en el tipo básico, castigándola como favorecimiento de la inmigración<sup>14</sup> y otras sentencias que intentaban restringir su ámbito de aplicación, argumentando que, según el propio Código penal se trata de un “delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” y que, por lo tanto, carecían de relevancia penal aquellas conductas en las que no se atisba rastro de lesión de los derechos de las personas migrantes o refugiadas. En este sentido, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 446/2012 (ponente Antonio del Moral), según la cual “cuando el comportamiento que aparentemente pudiera encajar en el art. 318 bis solo 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 respuesta a esa conducta ilícita en todo caso” (FJ octavo). Se trataba en este caso 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, excluyéndose cualquier ánimo de lucro.

<sup>13</sup> Más información en CASTELLANO, N, *Me llamo Adou. La verdadera historia del niño de la maleta que conmovió al mundo*, Barcelona (Planeta), 2017.

<sup>14</sup> Vid. más resoluciones en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M/ASOCIACIÓN SIN PAPELES DE MADRID, “‘La manta’ y la hospitalidad en el Código penal que nos amenaza”, en LORENZO PEÑA y TXETXU AUSÍN (coord.), *Pasando Fronteras. El valor de la movilidad humana*, Madrid (Plaza y Valdés), 2015, pp. 143 y ss.

La cláusula de no punición de la ayuda humanitaria, junto con la importante rebaja de las penas para el tipo básico, paradójicamente podrían dificultar una interpretación restrictiva que excluyera la tipicidad de conductas de favorecimiento en la que no existe ánimo de lucro, pues como señala De la Fuente Cardona, “la voluntad de criminalización totalizadora que el legislador ha plasmado en esta materia no deja mucho más espacio a la interpretación dentro del sistema”<sup>15</sup>.

Al tiempo, surge la duda de cómo interpretar la cláusula de no punición “cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria”, habiendo optado algunos autores por una interpretación restrictiva que identifica la ayuda humanitaria con la ayuda de emergencia que se presta en situaciones de catástrofe natural o humanitaria, y por lo tanto la exención solo sería aplicable cuando se ayuda a entrar o transitar por España a personas que huyen de guerras o catástrofes. En contra de una interpretación más amplia, que incluiría cualquier motivación altruista, caritativa o benéfica, se arguye que entonces la exención se podría aplicar a toda ayuda que no se presta con ánimo de lucro, quedando el tipo básico del art. 318 bis carente de ámbito de aplicación<sup>16</sup>.

Aun reconociendo la voluntad del legislador de castigar penalmente conductas de favorecimiento de la inmigración irregular en las que no concurre ánimo de lucro, la opción de limitar el concepto “ayuda humanitaria” a la prestada a quienes huyen de guerras o catástrofes naturales, y que no permitiría su aplicación, por ejemplo, al padre de Adou, me parece excesivamente estrecha. Sin necesidad de identificar objetivo humanitario con ausencia de ánimo de enriquecimiento, es posible afirmar dicho afán humanitario respecto a personas que, pese a no estar en una situación de emergencia vital, ven comprometidos sus derechos básicos, como ocurriría a mi juicio en el caso de Adou. Esta también es una interpretación posible dentro del tenor literal del precepto, y más acorde con los derechos de las personas migrantes y refugiadas para las cuales no hay vías legales de acceso.

Es por una interpretación amplia de la exención de pena prevista en el art. 318 bis 1, segundo párrafo, por la que ha optado la única sentencia que he encontrado se plantea expresamente la aplicación de la cláusula de no punición. 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 en el ilícito penal en relación con el 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).

A mi juicio eventuales restricciones podrían venir no tanto del concepto de “humanitaria” de la ayuda, como del uso del adverbio “únicamente”, que podría ser esgrimido por los aplicadores del Derecho para justificar el castigo de supuestos en los que el afán de ayudar a la persona migrante o refugiada es al tiempo un instrumento de denuncia, de incidencia política y podría interpretarse

<sup>15</sup> DE LA FUENTE CARDONA, F., “¿Los derechos de los ciudadanos extranjeros o la política migratoria? Aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular”, *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, p. 181. En este artículo podemos encontrar una exposición de los posicionamientos jurisprudenciales en torno al bien jurídico protegido en el art. 318 bis CP.

<sup>16</sup> En este sentido, entre otros, MUÑOZ RUIZ, J., “La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-08, 2016, pp. 14-15; MARAVER GÓMEZ, M.: “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en MOLINA FERNÁNDEZ F. (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2019*, Madrid (Francis Lefebvre), 2018, § 13427.

como un acto de desobediencia civil, que encuentra en las normas que criminalizan la solidaridad una sangrante confrontación entre Moral y Derecho, una colisión entre el deber de obediencia a la norma y el deber de auxiliar, que a todos nos concierne, pero que sólo los más valientes son capaces de practicar aun a costa de ser castigados penalmente.

“Obedecemos a los derechos humanos y desobedecemos abiertamente a los gobiernos europeos que han convertido las fronteras en espacios de muerte, de tensión y deshumanización para miles de personas [...]. Mientras los gobiernos sigan legalizando el horror, la ciudadanía, la gente de buena fe tenemos derecho a desobedecer trayendo a personas refugiadas y haciendo de Euskal Herría tierra de acogida”. Son palabras de Mikel Zuloaga y Begoña Huarte, que se enfrentan a una condena penal en Grecia por haber intentado llevar hasta el país vasco escondidos en su autocaravana a varias personas.

Son unas bonitas palabras para poner fin a esta aportación al libro-homenaje a Susana Huerta, querida compañera y directora de Departamento, cuya sonrisa y fortaleza seguimos echando de menos.