

**Tribunal Supremo Sala 2ª, S 13-11-2006, nº1119/2006, rec.392/2006.**

## **RESUMEN**

**Frente a sentencia absolutoria del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros interpone recurso de casación el Ministerio Fiscal. El TS estima el recurso y señala que quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente. Por ello, los hechos deben ser subsumidos en dicho art. 318 bis apartado 1 CP 95 y correlativamente en el número 3, que configura el subtipo agravado de ánimo de lucro.**

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Figueras incoó P.A. 93/2005 por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros contra Domingo, y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Girona, que con fecha 30 de septiembre de 2005 dictó Sentencia núm. 847/2005, que contiene los siguientes Hechos Probados:

“Se declara probado que sobre las 13 horas del día 4 de marzo de 2005, funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que habían instalado un control aleatorio en la localidad fronteriza con Francia de Massant de Cabrenys procedieron a dar el alto al vehículo Ford Transit matrícula N-...-NQ propiedad de Raimunda, conducido por el ciudadano búlgaro Domingo mayor de edad y sin antecedentes penales en que viajaban, además de su compatriota Rosendo cuatro ciudadanos rumanos que ocupaban los asientos traseros del vehículo, con los que el acusado había contactado en una gasolinera próxima a la localidad de Perpignan y con los que acordó transportarles en su vehículo a España a cambio de pagar 100 euros cada uno tras no haberseles permitido la entrada en España ese mismo día al tratar de hacerlo por el puesto fronterizo de la frontera cuando viajaban en un autobús de línea regular.

Al acusado se le intervino la cantidad de 950 euros.”

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

“Que absolvemos al acusado Domingo como autor responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del que venía acusado por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas causadas.”

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por el Ministerio Fiscal [...]

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial de Girona, Sección tercera, absolvió a Domingo de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tipificado en el art. 318 bis del Código penal , en sus apartados 1 y 3 , frente a cuya resolución judicial,

formaliza este recurso de casación el Ministerio Fiscal, en dos motivos de contenido casacional, que pasamos seguidamente a analizar y resolver. [...]

**TERCERO.- Recurre el Ministerio Fiscal al entender que concurren todos los elementos del tipo penal cuya aplicación interesa la acusación pública, por el cauce autorizado en el art. 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invocando como indebidamente inaplicados los párrafos 1 y 3 del art. 318 bis del Código penal .**

El Tribunal “a quo” basa la argumentación en considerar que el traslado se ha realizado sin atentar a la dignidad de los ciudadanos extranjeros, lo que, a su juicio, requiere el tipo penal; también lo fundamentan en la consideración de la misma conducta descrita como infracción administrativa sin un adecuado deslinde jurídico, y finalmente, con la apoyatura que le proporciona la Sentencia de esta Sala Casacional que cita la resolución recurrida, y que es la número 147/2005, de 15 de febrero de 2005.

Sobre los contornos del delito expresado, se ha producido un abundante cuerpo de doctrina legal. En efecto, por citar la más reciente, últimamente, la STS 52/2006, de 19 de enero, ya ha declarado esta Sala que el precepto penal concernido fue introducido -en la redacción aplicable al caso que nos ocupa, dada su fecha de acaecimiento- por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social , integrando todo el Título XV Bis, bajo el rótulo: “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, creado por dicha reforma (última redacción, la operada por LO 11/2003, de 29 de septiembre).

**Es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (art. 25 y ss. de la Ley especial).**

**En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.)**

**Podría así diferenciarse las situaciones siguientes: estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal.**

De una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones (por ejemplo, con fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de naturaleza administrativa.

Pero, de otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

**Esta Sala ha señalado y lo recuerda la STS de 28-9-2005, núm. 1059/2005, que “el tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye**

tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas autorizadoras de ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones. La normativa determinante de la ilegalidad del tráfico será la propia Ley de Extranjería (LO 4/2000 de 11 -2, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por LO 8/2000 de 22 -12, 11/2003 de 29-9 y 14/2003 de 20-11), concretamente en el Título II:

**“Del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros” y su Reglamento, aprobado por RD de 26-6-2001.**

Con carácter general el art. 25 de la Ley de Extranjería regula los requisitos para la entrada en territorio español, estableciendo que **el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberán presentar los documentos que se determinan reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.**

**Se trata éste de un delito de mera actividad que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido.**

Del propio modo, la doctrina considera que aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no parece necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica, aunque la configuración colectiva del bien jurídico en este tipo base del art. 318 bis 1, sí determina que aunque sean varias las personas afectadas, estaremos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal.

Finalmente, por su carácter clarificador del concepto de “entrada clandestina e ilegal en España”, hay que traer a colación el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 2005, que en relación al alcance del art. 313,1 CP 95 resolvió que: **“El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina”**. Y habrá que convenir que, como en el caso enjuiciado, la entrada se produce por lugares de frontera ordinarios, previa presentación de tales documentos, pero con claro fraude en su misma comisión.

Otra resolución reciente, la STS 284/2006, de 6 de marzo, nos dice que **por tráfico ilegal ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración. De modo que el tráfico ilegal no es sólo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada llevada a cabo en calidad de turista, por ejemplo, pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación.**

Esa doctrina ha entendido que es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de

forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (art. 25 y ss. LE).

**Esta Sala ha dicho también (Cfr. STS de 13-7-2005, núm. 968/2005), en relación con las expresiones finales “desde, en tránsito o con destino a España”, que utiliza el tipo que estamos examinando, que “con ello se quieren abarcar tres modos de comisión diferentes:**

- a) Movimiento de personas desde el extranjero hacia España, que es el modo más frecuente de comisión.**
- b) Salida de España al extranjero.**
- c) Tránsito dentro de España, de un punto a otro, relacionado con ese tráfico ilegal o esa inmigración clandestina.**

**CUARTO.-** [...] Finalmente, desde la perspectiva de la infracción administrativa, es lo cierto que aunque la inmigración ilegal responda al ejercicio de derecho natural de las personas a su circulación migratoria en busca de mejores expectativas, es lo cierto que las coloca en clara situación de vulnerabilidad, de modo que el legislador -incluido el penal- debe velar por incriminar las conductas de aquellas otras personas, que aprovechándose de tal deseo, intenten sacar beneficio ilícito propio, en contra de los flujos regulares organizados administrativamente. Correlativamente, se les priva de los derechos que pudieran disfrutar en supuestos de regular migración, y se les pone en peligro de ser captados por mafias organizadas que tratan de ofrecer un trabajo la mayoría de las ocasiones leonino. Obsérvese que el tipo penal dispone que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina se produzcan “directa o indirectamente”, por lo que se pone bien a las claras la amplitud del tipo penal en este sentido, en relación con la infracción administrativa.

**Los hechos serán, pues, subsumidos en el art. 318 bis apartado 1 del Código penal , y correlativamente, en el número 3 , que configura el subtipo agravado de ánimo de lucro, pero dada la exasperación punitiva, y en atención a la menor gravedad del hecho y sus circunstancias, aplicaremos lo dispuesto en el apartado sexto del precepto citado [...]**

## **FALLO**

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal [...] Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Domingo como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, ya definido [...]