

Roj: STS 8791/2012  
Id Cendoj: 28079120012012101037  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 10395/2012  
Nº de Resolución: 1025/2012  
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO  
Ponente: CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Diciembre de dos mil doce.

En el recurso de casación que ante Nos pende, interpuesto por INFRACCIÓN DE LEY e INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL por la representación de **Rubén**, contra sentencia de fecha 18 de enero de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Sexta, con sede en Ceuta, en causa seguida al mismo por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. **Candido Conde-Pumpido Touron**, y estando el acusado recurrido representado por el Procurador D. Luciano Roch Nadal.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO** .- El Juzgado de Instrucción Nº 5 de Ceuta instruyó Procedimiento Abreviado con el Nº 63/2011 y una vez concluso lo remitió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Ceuta, que con fecha 18 de enero de 2012, dictó sentencia que contiene los siguientes: **HECHOS PROBADOS**:

"En el puesto fronterizo del Reino de España, sito en la ciudad de Ceuta, con el Reino de Marruecos, sobre las 07,00 horas del día 13 de octubre de 2011 el acusado **Rubén** mayor de edad, marroquí, sin antecedentes penales, conducía la furgoneta de su propiedad, matrícula española W....WW, y fue sorprendido por funcionarios policiales en prácticas cuando transportaba, a cambio de un precio no determinado, ocultándolo en el compartimiento motor de su vehículo a **Bartolomé** quien carecía de documentación habilitante para su entrada en España y con sus gritos llamó la atención de los funcionarios actuantes".

**SEGUNDO** .- La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva:

**FALLAMOS**: "Que debemos condenar y condenamos a **Rubén** como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis 1 y 2 del Código Penal y con aplicación del párrafo sexto del citado precepto a la pena de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo guante el tiempo de la condena.

Declaramos el comiso del vehículo de motor intervenido

Igualmente le condenamos al pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y demás partes personadas instruyéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de casación para ante el Tribunal Supremo".

**TERCERO** .- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra el mismo recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación del acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO** .- La representación del recurrente formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º en relación con el art. 5.4 de la L.O.P.J. y art. 24 de

la C.E . en relación al art. 773 y 448 de la L.E.Crim .. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., y 5.4 de la L.O.P.J ., por aplicación errónea del art. 318 bis 1 del Código Penal . TERCERO: Al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., en relación con el 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del art. 24 de la Constitución Española .

**QUINTO** .- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, expresó su conformidad con la resolución del mismo sin celebración de vista, e impugnó sus tres motivos por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

**SEXTO** .- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el 11 de diciembre pasado.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Ceuta, condena al recurrente como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, del art 318 bis, 1º y 2º del Código Penal , con aplicación del párrafo sexto de dicho precepto, a la pena de cinco años de prisión, declarando el comiso del vehículo utilizado para la comisión del delito. Frente a ella se alza el presente recurso, fundado en tres motivos, el primero por vulneración constitucional, el segundo por infracción de ley y el tercero por violación de la presunción de inocencia.

**SEGUNDO** .- El primer motivo de recurso, al amparo de los arts. 5 4º LOPJ y 24 CE , alega vulneración de los principios de inmediación y contradicción, por no haberse recibido declaración a la víctima en el acto del juicio.

Constituye doctrina constitucional consolidada que el principio de contradicción es básico para el desarrollo del proceso, en especial en lo que concierne al derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, derecho reconocido en el artículo 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que se satisface, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ofreciendo al acusado una oportunidad apropiada para combatir los testimonios en su contra e interrogar al testigo cuando declara por primera vez o en un momento posterior del proceso ( SSTC 141/2001, de 18 de junio , 2/2002, de 14 de enero ; 187/2003, de 27 de octubre ; y 1/2006, de 16 de enero ).

Pero asimismo, tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala, han declarado que no se infringe el referido principio de contradicción si la imposibilidad de interrogar a un testigo tiene lugar por causas ajenas a una actuación judicial reprochable ( SSTC 80/2003, de 28 de abril , 187/2003, de 27 de octubre , 2/2002, de 14 de enero y 1/2006, de 16 de enero ).

Y ello es lo que sucede en el caso actual, en el que consta que la víctima, citada como testigo para el juicio tanto por la defensa como por el Ministerio Fiscal, se encuentra en ignorado paradero, habiéndose fugado del Centro en el que se encontraba internada, sin que, pese a la suspensión del juicio, se haya podido contar con su presencia, pues todas las gestiones realizadas para su localización resultaron infructuosas.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

**TERCERO** .- El motivo de recurso que debe ser analizado en segundo lugar, por razones sistemáticas, es el interpuesto por presunción de inocencia.

Conforme a una reiteradísima doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, b) constitucionalmente obtenida, c) legalmente practicada y d) racionalmente valorada, parámetros que analizados con profundidad permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior ( art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal

sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los propios imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni a realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración ponderada e inmediata del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta propia Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, razonadamente valorada.

**CUARTO** .- En el caso actual, la Sala sentenciadora dispuso de una prueba de cargo relevante, como es la declaración en el acto del juicio oral de los dos agentes policiales que descubrieron a un joven escondido en el motor del vehículo conducido por el recurrente, y que éste intentaba introducir ilegalmente en España.

La inferencia realizada por el Tribunal en el sentido de que el joven viajaba escondido en el compartimento motor del vehículo con el conocimiento y consentimiento del acusado es racional y lógica, pues consta que el cierre de dicho compartimento no se encontraba forzado, y tuvo que ser abierto desde el interior por el acusado, cuando se oyeron las quejas del joven escondido en el motor, por lo que **no es posible** que éste pudiese introducirse en dicho espacio sin la colaboración del conductor del vehículo.

Por otra parte resulta manifiestamente inverosímil que una persona se esconda en un lugar tan arriesgado sin la mínima garantía de que el vehículo va a pasar de inmediato la línea fronteriza, y de que será liberado inmediatamente después, lo que solo puede asegurarse contando con la colaboración del conductor del automóvil.

Sin embargo no se estima suficientemente concluyente la inferencia relativa al pago de un precio. En efecto la Sala sentenciadora basa dicha conclusión exclusivamente en la inexistencia de prueba sobre la concurrencia de una causa altruista que justifique la conducta del acusado, al no haberse alegado por éste una relación de parentesco o de gran amistad que pudiese justificar el riesgo asumido.

Pero ha de tenerse en cuenta que la concurrencia de ánimo de lucro constituye una agravación específica que no puede considerarse inherente al tipo, de modo que pueda declararse probada por el mero hecho de que no se acredite un ánimo diferente. No habiéndose recibido declaración a la víctima, que no ha aportado ningún dato referido a la exigencia o el pago de precio alguno, no existiendo ninguna otra prueba o indicio sobre dicho pago, y teniendo en cuenta que el acusado ha elegido como línea de defensa el desconocimiento del hecho de que llevaba a un joven escondido en el motor, por lo que difícilmente podría haber aportado alguna razón de parentesco o amistad que justificase su acción, no puede estimarse acreditada, sin más, la concurrencia de precio.

Procede, en consecuencia, estimar el motivo en este extremo, y excluir en la segunda sentencia la expresión "a cambio de un precio no determinado" del relato fáctico.

**QUINTO**.- El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , denuncia vulneración del art 318 bis 1º del Código Penal . Alega la parte recurrente que no se ha acreditado el ánimo de lucro y tampoco la peligrosidad del transporte.

La primera alegación ya ha quedado resuelta en el motivo anterior, al estimarse parcialmente el motivo por presunción de inocencia, lo que se tendrá en cuenta en la segunda sentencia al individualizar la pena.

La segunda debe ser necesariamente desestimada, pues como señala el Tribunal sentenciador, al esconder a la víctima dentro del compartimento del motor del automóvil conducido por el recurrente, es evidente que se puso en peligro su integridad física, dados los gases perjudiciales procedentes del motor en funcionamiento que pueden ser inhalados, el calor que desprenden las piezas que puede determinar quemaduras graves y el riesgo inherente a la ausencia de la más mínima protección en caso de colisión del vehículo.

**SEXTO** .- El Tribunal sentenciador ha aplicado el subtipo atenuado. Este subtipo, previsto hoy en el apartado 5 del art. 318 bis del Código Penal , pretende atemperar la respuesta punitiva en los casos que señala el precepto, que lo relaciona con la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste.

Esta Sala Casacional se ha ocupado en escasas ocasiones de analizar este subtipo atenuado, pero es claro que atendiendo a criterios de proporcionalidad y de justicia material, la gravedad de los hechos en el caso actual no es demasiado elevada, ya que se trata del tránsito en un vehículo particular, y de una única persona, no constando la finalidad al haberse descartado la acreditación del ánimo de lucro, razón por la que la aplicación de dicho subtipo atenuado, que es apreciada por el Tribunal sentenciador, permite conformar una respuesta jurídico-penal más acorde con la infracción punitiva.

La norma penal debe ser interpretada conforme a parámetros de proporcionalidad, sobre todo en tipos tan abiertos como el que figura en el art. 318 bis del Código Penal . Tanto en lo que se refiere a la exclusión de comportamientos que pese a encajar formalmente en la descripción típica no comporten ni afectación actual ni peligro de afectación de los bienes jurídicos que la ley quiere tutelar, careciendo, en consecuencia, de antijuridicidad material, como en lo referente a la proporcionalidad en sentido estricto, que se refiere a la comparación de la gravedad de la pena con la incidencia de la conducta en el bien tutelado.

**SÉPTIMO** .- El art. 318 bis se encuadra en un Título que lleva por rúbrica *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, siendo el único precepto de ese Título. Es indudable que protege también el control del Estado sobre los flujos migratorios, que constituye un interés legítimo que presenta connotaciones supranacionales. Sin embargo su ubicación sistemática no permite prescindir de la consideración del bien jurídico legalmente destacado que son los derechos de los ciudadanos extranjeros. La mención a la *víctima* del delito que se hace en la norma refuerza este criterio, pues no podría hablarse de *víctima* en conductas que solo afectasen al interés estatal por reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada establecidas en la Legislación de extranjería. Por ello el delito incluye el componente de afectación a los derechos de los extranjeros, aunque se trate exclusivamente del peligro de situar a éstos en una posición de vulnerabilidad derivada de la ausencia de un estatus acorde con la legalidad. Es, en consecuencia, un delito pluriofensivo que ataca a los dos bienes jurídicos referidos.

Por ello la STS 1378/2011, de 14 de diciembre señala que *"...para que el tráfico sea delictivo debe existir un plus de antijuridicidad, que, en todo caso, la conducta cree un peligro abstracto relevante y grave para los derechos de los ciudadanos extranjeros y de su dignidad como seres humanos, a causa de esa acción de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, evitando a través del delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. Así hemos dicho en STS 147/2005 y 569/2006 de 19-5 que ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico, de manera que- precisa la STS 1087/2006 de 10 de noviembre , el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de convicción altamente probable o como dice la STS 635/2007 de 2 de septiembre , en su art. 318 bis 1 "se castiga la promoción y el favorecimiento de tráfico ilegal de personas o su inmigración clandestina, sancionando conductas que, de ordinario, van más allá de la simple infracción de las normas administrativas reguladoras de la estancia de extranjeros en nuestro país, proyectando su eficacia lesiva sobre la propia dignidad de quien, condicionado por su situación de ilegalidad, es expuesto a un más fácil menoscabo de sus derechos fundamentales ( STS 1465/2005, de 22 de noviembre , y 1304/2005, de 19 de octubre )"*.

En el caso actual es indudable que la acción enjuiciada afecta de modo directo al control de entrada en el territorio español y a los derechos del extranjero afectado, pues aunque éste se haya sometido voluntariamente a la entrada clandestina poniéndose a sí mismo en clara situación de riesgo, no se excluye con ello la lesividad de la conducta del acusado que pretende colocar al extranjero en una **situación de ilegalidad, que le expone a un fácil menoscabo de sus derechos fundamentales.**

**Procede, por todo ello, la desestimación del recurso, salvo en lo que se refiere a la exclusión de la agravación de ánimo de lucro.**

Dado que la apreciación de peligro para la integridad física del afectado determina en cualquier caso la aplicación de la agravación prevista en el párrafo segundo del citado art 318 bis, la exclusión del ánimo de lucro surtirá efecto en la individualización de la pena, una vez aplicada la atenuación prevista en el párrafo quinto.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, parcialmente, al recurso de casación interpuesto por INFRACCIÓN DE LEY e INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL por la representación de **Rubén** , contra sentencia de fecha 18 de enero de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Sexta , con sede en Ceuta, en causa seguida al mismo por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Candido Conde-Pumpido Touron** Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Manuel Marchena Gomez **Diego Ramos Gancedo**

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Diciembre de dos mil doce.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción Nº 5 de Ceuta con el Nº 52/2011 y seguido ante la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Sexta, con sede en Ceuta, por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en causa seguida a Rubén , mayor de edad, marroquí, con pasaporte Nº NUM000 , y titular del Documento de Identidad de Extranjero Nº NUM001 , nacido el día NUM002 /1972 en Iknoune (Marruecos), hijo de Babani y de Hisma; y en cuya causa se dictó sentencia con fecha 18 de enero de 2012, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** en el día de la fecha bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. **Candido Conde-Pumpido Touron**, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

**UNICO** .- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, con la supresión de la frase "**a cambio de un precio no determinado**".

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en la misma, debemos excluir la concurrencia de ánimo de lucro.

**SEGUNDO** .- El art.318 bis 5º CP establece que teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrá imponerse la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada. La pena señalada en casos en que se pone en peligro la integridad física de la víctima es la de seis a ocho años de prisión, por lo que el grado de inferior es el de tres a seis años, no apreciándose razones específicas que justifiquen imponer una pena superior al mínimo legal.

### III. FALLO

Debemos condenar y condenamos al acusado Rubén , como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los extranjeros, del art. 318 bis 1º, 2º y 5º del Código Penal , a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y comiso del vehículo de motor intervenido, declarando de oficio las costas de esta alzada e imponiendo al condenado las de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Candido Conde-Pumpido Touron** Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Manuel Marchena Gomez **Diego Ramos Gancedo**

**PUBLICACIÓN** .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. **Candido Conde-Pumpido Touron**, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.