

SENTENCIA DEL TS (Sala de lo Penal) núm. 147/2005, DE 15 DE FEBRERO, EN MATERIA DE DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.

La sentencia cuyo contenido reproducimos íntegramente a continuación absuelve a una persona condenada por un presunto delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros por entender que su conducta (pretender acceder al ferry con destino a Algeciras en su vehículo llevando en su interior a un ciudadano extranjero indocumentado, de origen marroquí, que finalmente es identificado) no se puede incluir en el tipo delictivo que se le imputa –art. 318 bis del CP- según las previsiones del legislador al regular el mismo, al no existir la circunstancia de la ilegalidad, pues para ello es necesaria la “puesta en marcha de una artificial elaboración previa de documentos o la utilización de artimañas destinadas a burlar los controles policiales”, y faltar ostensiblemente el elemento de la clandestinidad, ya que “se hace a la luz de los controladores del paso del Estrecho pasando por delante de los puestos policiales y aduaneros”.

Según el Alto Tribunal, *“el que actúa de esta manera realiza una conducta absolutamente inocua e incluso ingenua, ya que sabe que cualquier persona visible en su automóvil va a ser requerida para que muestre los elementos identificativos necesarios para realizar el viaje”*.

En la Villa de Madrid, a quince de febrero de dos mil cinco.

En el recurso de casación por infracción de Ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por el procesado Antonio, contra sentencia (JUR 2004, 59108) dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, que lo condenó por delito de 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. José Antonio Martín Pallín, siendo también parte el Ministerio Fiscal, estando el procesado recurrente representado por el Procurador Sr. de Juanas Blanco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Juzgado de Instrucción número 2 de Ceuta, instruyó sumario con el número 476/03, contra Antonio y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz que, con fecha 9 de diciembre de 2003 (JUR 2004, 59108) , dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

I.- RESULTANDO: Probado, y así se declara, que siendo aproximadamente las 10,45 horas del día 3 de noviembre de 2003, Antonio, mayor de edad, de profesión funcionario de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Madrid, fue sorprendido en el interior del recinto portuario de Ceuta por el agente de la Policía Nacional núm. NUM000, cuando pretendía acceder al ferry con destino a Algeciras en su vehículo Peugeot 205 matrícula D-...-OD, llevando en su interior al ciudadano extranjero indocumentado y de origen marroquí, Alexander, al que pretendía introducir ilegalmente en la Península, sin que conste que percibiera a cambio una cantidad de dinero. En el momento de ser interceptado por el referido agente, Antonio exhibió su placa y carné profesional.

SEGUNDO La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento (JUR 2004, 59108) :
FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Antonio como autor criminalmente responsable del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, a las

penas de TRES AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales.

Para el cumplimiento de las penas impuestas, abónesele al condenado todo el tiempo que haya estado privado de libertad por razón de esta causa y que no le haya sido de abono, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y demás partes personadas instruyéndoles de los recursos que contra la misma cabe interponer.

TERCERO Notificada la sentencia (JUR 2004, 59108) a las partes, se preparó recurso de casación por el procesado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

I.-Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) en relación con lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635) .

II.-Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , se denuncia la indebida aplicación del artículo 318 bis 1, 4 y 6 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .

III.-Al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) se denuncia la infracción de los artículos 24, 102.3, 14, 24.2 y 17.3 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) .

QUINTO Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 3 de febrero de 2005.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Entraremos directamente en el análisis de la conducta delictiva y su calificación jurídica que ha sido cuestionada por la parte recurrente no sólo por la vía del error de derecho sino preferentemente por la invocación de la presunción de inocencia.

1.-El relato de hechos probados atribuye al acusado la pretensión de acceder al ferry que desde el recinto portuario de Ceuta se dirigía a Algeciras.

Añade que en el vehículo llevaba a un ciudadano extranjero indocumentado y de origen marroquí cuyo nombre, finalmente, se identifica. La sentencia (JUR 2004, 59108) , sobre esta base fáctica, induce que el recurrente pretendía introducirle ilegalmente en la península sin que conste que

recibiera cantidad alguna. Añade que en el momento de ser interceptado el acusado, Policía Municipal, mostró su placa y carnet profesional.

2.-La Sala sentenciadora califica estos hechos como constitutivos de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto en el artículo 318 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) al que le aplica el tipo básico, atenuado por el apartado 6, que permite bajar la pena en un grado en función de la gravedad del hecho y sus circunstancias y la finalidad perseguida por éste.

La conducta delictiva se integra por la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde en tránsito o con destino a España.

3.-El sentido del precepto va encaminado a castigar a los que de una manera, más o menos subrepticia o tratando de burlar los controles legales, introduce en nuestro país a una persona con la que realiza un acto de tráfico. Traficar equivale a comerciar, aprovecharse u obtener un lucro de esta actividad que puede ser simplemente transitoria, ocasional o permanente. Según el hecho probado (JUR 2004, 59108) se descarta cualquier propósito de lucro porque no afirma que percibiera cantidad alguna por realizar la conducta que se le imputa.

4.-La decisión no se ajusta a las previsiones del legislador al regular este tipo delictivo. No se puede incluir en el mismo la conducta de una persona que de manera ostensible lleva en su automóvil a una persona extranjera que parece inicialmente indocumentada y que después se identifica. El que actúa de esta manera realiza una conducta absolutamente inocua e incluso ingenua ya que sabe que cualquier persona que sea visible en su automóvil va a ser requerida para que muestre los documentos identificativos necesarios para realizar el viaje. En cualquier puerto del mundo las autoridades y los empleados de los transbordadores solicitan los documentos necesarios para acceder a bordo de un barco. No parece por otro lado que la ilegalidad se pueda predicar del que transporta a una persona sin documentos falsificados y sin ni siquiera ponerse de acuerdo con el mismo para burlar los controles policiales. El hecho probado (JUR 2004, 59108) sólo dice que trataba de introducirlo ilegalmente en la Península. Para que exista ilegalidad es necesaria la puesta en marcha de una artificial elaboración previa de documentos o la utilización de artimañas destinadas a burlar los controles policiales. Cualquier declaración condenatoria se basa en presunciones contrarias al reo que de ninguna manera pueden ser admitidas y mucho menos cuando ni siquiera constan como hecho probado.

El nivel de antijuridicidad formal exigido por el tipo penal aplicado, no alcanza a supuestos como el que estamos examinando.

5.-Otro elemento anudado al anterior, enlaza la ilegalidad con la clandestinidad. Este requisito falta ostensiblemente en el relato de hechos probados pues de su contenido resulta inapelablemente que la operación carece de cualquier matiz de clandestinidad ya que se hace a la luz de los controladores del paso del Estrecho pasando por delante de los puestos policiales y aduaneros.

Con los elementos fácticos que ha manejado la sentencia (JUR 2004, 59108) recurrida para imponer tan grave condena no podemos ni siquiera considerar que nos encontrásemos ante un transportista que pudiera incurrir en sanción penal y ni siquiera en sanción administrativa.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

SEGUNDO Estimado este motivo no es necesario analizar los restantes.

FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal del acusado Antonio casando y anulando la sentencia dictada el día 9 de diciembre de 2003 (JUR 2004, 59108) por la Audiencia Provincial de Cádiz en Ceuta. Declaramos de oficio las costas causadas. Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-D. José Antonio Martín Pallín.-D. Julián Sánchez Melgar.-D. Luis-Román Puerta Luis.

En la Villa de Madrid, a quince de febrero de dos mil cinco.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Ceuta, con el número 476/03 contra Antonio, con DNI núm. NUM001, nacido en Madrid el 20 de septiembre de 1949, hijo de Juan Angel y Ramona, sin antecedentes penales, habiendo sido privado de libertad por razón de esta causa desde el 03-11-03, en la cual se dictó sentencia (JUR 2004, 59108) por la mencionada Audiencia con fecha xxxxx, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín que hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia (JUR 2004, 59108) recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Se da por reproducido el fundamento de derecho primero de la sentencia (JUR 2004, 59108) antecedente.

FALLO

FALLO: QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Antonio del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros por los que venía condenado. Declaramos de oficio las costas del procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-D. José Antonio Martín Pallín.-D. Julián Sánchez Melgar.-D. Luis-Román Puerta Luis.

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