

Roj: **STS 2908/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2908**Id Cendoj: **28079120012016100533**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/06/2016**Nº de Recurso: **1101/2015**Nº de Resolución: **536/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP BA 294/2015,**  
**STS 2908/2016**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Junio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación que ante Nos pende, interpuesto por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de ley por **Josefa**, contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz, de fecha 24 de marzo de 2015, en causa seguida a la misma 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 y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicha recurrente representada por el Procurador D. Santiago Tesorero Díaz.

**I. ANTECEDENTES**

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Badajoz, instruyó Procedimiento Abreviado con el núm. 23/2013 y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz, que con fecha 24 de marzo, dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"La acusada Josefa (NIE NUM000), mayor de edad, sin antecedentes penales en España y en libertad provisional por la presente causa, sola o en unión de otros, mayor de edad y sin antecedentes penales, dirigía desde esta ciudad de Badajoz una trama criminal dedicada a facilitar la inmigración clandestina hacia España de ciudadanos extranjeros, a quienes, en algún caso, como el del súbdito peruano Abilio, exigían, a cambio importantes cantidades de dinero que alcanzaban un montante por persona de entre 3.000 a 4.000 euros. Para ello, -y a efectos de regularizar la situación administrativa en nuestro territorio nacional de los inmigrantes- realizaban, bien directamente bien a través de cooperadores españoles, ofertas y contratos de trabajo mendaces, que presentados ante la Subdelegación del Gobierno en Badajoz, lo que les permitían obtener fraudulentamente la autorización de residencia y de trabajo a favor de aquéllos.

La captación de inmigrantes ilegales como el alojamiento inicial de los mismos en Badajoz, retribuido, y la recaudación de las ilícitas contraprestaciones económicas, eran desempeñadas por Josefa quien también facilitaba el empadronamiento en los sucesivos domicilios familiares sitios en Badajoz de la mayor parte de los inmigrantes irregulares.



En ejecución de tales actividades fueron entregadas ante las autoridades gubernativas de extranjería y otras Administraciones, - con fines de ilícita regularización administrativa-, ofertas laborales y contratos laborales simulados referidos, al menos, entre otras ciudadanos extranjeros (siempre de nacionalidad peruana) a:

- Artemio , (con sello de entrada de 19-05-2006), figurando como empleadora Josefa .
- Benito , (documentos datados con entrada del 14-02-2005 -f. 614 a 624- y el 30-08-2006), apareciendo como empleador Celestino .
- María Esther , (oferta y contrato laboral, con entrada la primera de 09-09-2004)
- Adriana , con oferta laboral mendaz, mediante documento oficialmente presentado el 30-11-2004.
- Ana , que iba a ser supuestamente contratada mediante documento del 15-03-2006. Solicitud que fue finalmente rechazada por la Subdelegación del Gobierno en Badajoz,
- Erasmo , (documento con entrada de 09-05-2006).
- Carlota , (oferta laboral presentada mendazmente a nombre de Florian -para quien nunca trabajó- ante la Subdelegación del Gobierno en Badajoz el 28-09-2005 Días después de serle denegada otra solicitud de residencia mediante oferta laboral en la que aparecía como empleadora Debora ).
- Horacio , mediante oferta laboral de Florian (a efectos también de primera renovación de autorización de residencia). Había obtenido su inicial autorización de residencia y trabajo mediante oferta laboral procurada por Josefa , si bien nunca llegó a trabajar para su supuesta empleadora, quien cotizó durante un solo mes a lo Seguridad Social tras ser concedida merced a este ardid la autorización inicial de residencia y trabajo.
- Leandro , mediante oferta laboral mendaz de Luis (con entrada administrativa de 02-02- 2006), Leandro obtuvo la nacionalidad española (por opción) el 19-04.2011.
- Pascual , mediante oferta laboral a nombre de Rafael (con entrada de 23-03-2006). Ante su situación de desempleo, este inmigrante optó finalmente por acogerse al subsidio para retorno voluntario a Perú.
- Manuela , a quien a instancias de Josefa se realizó una oferta laboral (entrada: 05-10-2005), y archivada ésta se efectuó otra posterior de la que finalmente se desistió
- Rafaela , a través de la compañera sentimental de un hijo de Josefa , a instancias de ésta, llegando la ciudadana peruana a España (tras contactar con Debora para su ilegal ingreso en nuestro país) en mayo de 2005, no llegando a trabajar nunca para su supuesta empleadora.
- Abilio , a quien Josefa ofreció a cambio de una importante suma de dinero poder venir a España, llegando aquí el 29-06-2006, tras realizarle una oferta laboral mendaz a nombre de Juan Pablo , a quien nunca conoció y para quien tampoco trabajó quedando así desamparado y debiendo buscar por sus propios medios diferentes ocupaciones.
- NUM004 (Testigo protegido) Que hubo de abanar a la trama la cantidad de 4.000 euros para acceder a territorio español. Que nunca trabajó para la persona que le hizo la oferta de trabajo.

Existe una duda razonable de que al emitir el acusado Alfredo una oferta de empleo tuviera o no intención de ejecutarla. En cualquier caso la persona designada en el documento no compareció ante el mismo con el fin de hacer efectiva la contratación.

SEGUNDO.- Los acusados Florian (DNI. NUM001 ) y Luis (DNI, NUM002 ), mayores de edad y sin antecedentes penales, en relación con una trama radicada en esta ciudad de Badajoz y dedicada a facilitar la inmigración clandestina hacia España de ciudadanas peruanas (a quienes en algunos casos otras personas exigían a cambio importantes cantidades de dinero que alcanzaban un montante por- persona de entre 3.000 a 4.000 euros), colaboraron con aquellos, prestándose a figurar como empleadores de los inmigrantes en ofertas y contratos de trabajo mendaces, si bien los extranjeros en su mayoría no llegaban a desempeñar tareas laborales directamente para ellos.

Y así, -en el caso concreto de estos dos coacusados-, fueron entregadas ante las autoridades gubernativas de extranjería y otras Administraciones, -con fines de ilícita regularización administrativa-, ofertas laborales y contratos laborales simulados referidos, al menos, entre otros ciudadanos extranjeros (siempre de nacionalidad peruana), a:

- Carlota , (oferta laboral presentada mendazmente a nombre de Florian -para quien nunca trabajó- ante la Subdelegación del Gobierno en Badajoz el 28-09-2005, 346 a 362-, días después de serle denegada otra solicitud de residencia mediante oferta laboral).



- Horacio , mediante oferta laboral de Florian -f. 803 ss.-. Había obtenido su inicial autorización de residencia y trabajo mediante oferta laboral procurada por persona para quien nunca llegó a trabajar, supuesta empleadora, que cotizó durante un solo mes a la Seguridad Social tras ser concedida merced a este ardid la autorización inicial de residencia y trabajo.

- Leandro , mediante oferta laboral mendaz de Luis (con entrada administrativa de 02-02- 2006) -f. 425 a 435-. Leandro obtuvo la nacionalidad española (por residencia) el 19-04-2011 -f. 440-.

SEGUNDO .- La Sala de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS: "Que debemos condenar y condenamos a la acusada Josefa , como autora criminalmente responsable de un delito de favorecimiento de la inmigración ilegal (subtipo agravado), anteriormente tipificado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de seis años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio y para el ejercicio de actividades comerciales o empresariales durante el tiempo de la condena y al pago de de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a los acusados Florian y Luis , como autores criminalmente responsables de un delito de favorecimiento de la inmigración ilegal (subtipo atenuado), anteriormente tipificado, de estricta conformidad con los hechos y calificación jurídica aceptada por las partes, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena aceptada, de todo conformidad de dos años de prisión por cada uno de ellos, inhabilitación para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago cada uno de ellos, de de las costas procesales.

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Alfredo del delito de favorecimiento de la inmigración ilegal (subtipo atenuado), declarando de oficio de las costas procesales".

TERCERO .- Notificada dicha sentencia a las partes se interpuso contra la misma recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de ley por Josefa , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO .- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Josefa formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por vulneración del artículo 318 bis, 1 y 2 del Código Penal, al no ser subsumibles en el art. 318 bis, habida cuenta de la modificación operada por la Ley sustantiva en el contenido del art. 318.bis del Código Penal en un momento posterior al dictado de la sentencia y previo a la finalización de la tramitación procesal del recurso casacional interpuesto. SEGUNDO (enunciado por el recurrente como motivo primero submotivo segundo): Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por vulneración del artículo 318 bis, 1 y 2 del Código Penal, al no ser subsumibles en el art. 318 bis, al no existir ánimo de lucro ni conducta de favorecimiento de la inmigración ilegal relevante penalmente, ni merecer, por tanto, el reproche penal que incorpora tal precepto. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la L.E.Crim. , por error de hecho en la valoración de la prueba, en concreto de los extractos bancarios de la acusada. CUARTO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851 de la L.E.Crim. , al adolecer de claridad los hechos probados. QUINTO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim. , por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva del art. 24.2 de la Constitución Española .

QUINTO .- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, expresó su conformidad con la resolución del mismo sin celebración de vista, apoyando parcialmente los motivos primero y segundo e impugnando los restantes 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 9 de junio pasado.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz con fecha 24 de marzo de 2015 , condena a la recurrente como autora de un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina, agravado por el ánimo de lucro, a la pena de seis años de prisión. Frente a ella se alza el presente recurso, fundado en cinco motivos por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, quebrantamiento de forma e infracción de ley.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que la recurrente Josefa , se dedicaba a facilitar la inmigración clandestina hacia España de ciudadanos extranjeros, a quienes exigía a cambio importantes cantidades de dinero. Para ello, -y a efectos de regularizar la situación administrativa en nuestro territorio de los inmigrantes- realizaba, bien directamente bien a través de cooperadores españoles, ofertas y contratos



de trabajo mendaces, que presentados ante la Subdelegación del Gobierno en Badajoz, le permitían obtener fraudulentamente la autorización de residencia y de trabajo a favor de aquéllos. Tanto la captación de inmigrantes ilegales como el alojamiento inicial de los mismos en Badajoz y la recaudación de las ilícitas contraprestaciones económicas, eran realizados por Josefa quien también facilitaba el empadronamiento en los sucesivos domicilios familiares de la mayor parte de los inmigrantes irregulares. En ejecución de estas actividades fueron entregadas ante las autoridades gubernativas de extranjería y otras Administraciones, con fines de ilícita regularización administrativa, ofertas laborales y contratos simulados referidos, al menos, a catorce personas de nacionalidad peruana.

**SEGUNDO.-** El motivo de recurso que procede examinar en primer lugar, por razones sistemáticas al depender de su estimación la acreditación de los hechos delictivos, es el formulado por la parte recurrente como quinto, que alega vulneración del derecho fundamental a la presunción constitucional de inocencia. Argumenta la parte recurrente que no concurre prueba de cargo válida porque los testigos han evacuado su testimonio impulsados por motivaciones espurias de enemistad o venganza.

Constituye una reiterada doctrina jurisprudencial que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, el cauce casacional de la presunción de inocencia 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 imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

No le corresponde a esta Sala formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad. Y, en el caso actual, concurren ambos requisitos por lo que el motivo no puede prosperar.

El Tribunal sentenciador dispuso de una prueba de cargo abundante y la ha valorado razonablemente. No existe base fáctica alguna que permita apreciar racionalmente las motivaciones espurias invocadas por la parte recurrente en los testimonios utilizados como prueba de cargo. La propia recurrente reconoce que promovió la entrada en territorio nacional o cooperó a su permanencia en el mismo, respecto de las 14 personas de nacionalidad peruana que se identifican en los hechos probados; admite expresamente la presentación de contratos y ofertas de trabajo, que no responden a la realidad, afirmando que pensaba que la oferta de empleo que se presentaba ante la Delegación de Gobierno era un simple formalismo, reconociendo indirectamente su mendacidad, así como su utilización como mera cobertura para ayudar a extranjeros no comunitarios a permanecer en España vulnerando la legislación de extranjería.

Como señala el Tribunal sentenciador la declaración de la recurrente va acompañada por una prueba testifical determinante, en el sentido de que la acusada, sola o en unión de otros, desarrollaba una actividad continuada de introducción de inmigrantes en territorio nacional, a los que daba cobijo en una vivienda de su propiedad sita en Badajoz mediante precio y gestionaba trámites laborales y administrativos para su permanencia en España, sin que las ofertas y contratos laborales que utilizaba respondieran a la realidad. En la sentencia se relacionan una multiplicidad de declaraciones testificales que avalan el relato fáctico, incluyendo el testimonio de Marcial, ciudadano peruano quien afirma que le cobraron 4000 dólares por introducirle ilegalmente en España con un contrato de trabajo fraudulento, siendo la persona de contacto en España la recurrente, que se encargó de formalizar la oferta mendaz de trabajo y de gestionar la autorización de residencia. El conjunto de testimonios, añadido a la prueba documental practicada, constituye una prueba de cargo suficiente y válida para determinar la desestimación del motivo.

**TERCERO.-** El cuarto motivo de recurso, por quebrantamiento de forma, al amparo del art 851 de la Lecrim, es el que debe ser examinado en segundo lugar, también por razones sistemáticas al solicitar la nulidad de la sentencia.

Alega la parte recurrente falta de claridad en el relato fáctico, pero no precisa los párrafos de la sentencia que resulten incomprensibles. El vicio de falta de claridad en los hechos probados requiere como requisitos: a) que en la narración fáctica se produzca incomprensión, duda, confusión u omisiones que determinen su ininteligibilidad en una cuestión de relevancia; b) que tales incomprensiones u omisiones tengan directa relación con la calificación jurídica, es decir impidan o dificulten notoriamente la subsunción; c) que esta falta de entendimiento provoque un vacío descriptivo no subsanable a través de otros pasajes o del entendimiento conjunto de los hechos probados. ( S.T.S. 483/2013, de 12 de junio, entre otras).



En el caso actual dichos requisitos no concurren pues los hechos probados son suficientemente claros para fundamentar la subsunción realizada, por lo que el motivo no puede prosperar.

**CUARTO.-** El tercer motivo, por error en la valoración de la prueba al amparo del art 849 2º de la Lecrim , que es el que debe ser examinado a continuación por cuestionar el relato fáctico, se apoya en el extracto de la cuenta corriente de la recurrente para afirmar que no está acreditado que haya recibido ingresos por su actividad de promoción de la inmigración clandestina, negando en consecuencia el ánimo de lucro. En el desarrollo del motivo se cuestionan las declaraciones de los testigos, negando que se les exigiera el pago de dinero por la actividad de la recurrente.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 23 de marzo de 2012, núm. 209/2012 y 28 de febrero de 2013, núm. 128/2013 , entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art.849. 2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal , es necesario que concurren los requisitos siguientes: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la Lecrim .; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo.

En el caso actual no concurren los referidos requisitos, por lo que el motivo debe ser desestimado. En primer lugar el extracto bancario no acredita la equivocación del Juzgador, pues no es un documento que, por su propia condición y contenido, pueda acreditar fuera de toda duda que la recurrente no recibió fondos que no consten en dicho extracto. En segundo lugar, existen otras pruebas que avalan el criterio del Tribunal sentenciador, como las declaraciones testificales, y este cauce casacional no tiene la finalidad de contrastar dichas pruebas, sino que únicamente puede prosperar en supuestos extremos en los que el documento, por si solo, acredita de modo indubitado el error valorativo del Tribunal.

**QUINTO.-** Y llegamos, por fin, a los dos motivos por infracción de ley, que la parte recurrente situó en la cabecera de su recurso.

No está de mas efectuar aquí un excurso breve de técnica casacional. El orden sistemático de los motivos es relevante, pues la infracción de ley exige el respeto del relato fáctico, por lo que carece de lógica formular este motivo de recurso con anterioridad a otros en los que se cuestiona dicho relato, y que, en caso de prosperar, permitirían fundamentar la infracción legal denunciada sobre una base más conveniente. Tampoco tiene sentido plantear como prioritario el análisis de la subsunción jurídica cuando en un motivo posterior, por quebrantamiento de forma, se interesa la nulidad del juicio, o la de la sentencia, pues lo expuesto al resolver este primer motivo perdería toda efectividad en caso de prosperar el siguiente. En consecuencia, el orden lógico es plantear, en primer lugar, las infracciones constitucionales, a continuación los motivos por quebrantamiento de forma, seguidos del error en la valoración de la prueba, concluyendo con la infracción de ley.

**SEXTO.-** En los dos primeros motivos, por infracción de ley, la parte recurrente cuestiona la aplicación del art 318 bis CP , como tipo penal aplicado, y del art 54 1 b de la LO 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España , como norma administrativa que complementa el tipo. Argumenta esencialmente que la conducta enjuiciada no tiene entidad penal, y debería ser calificada exclusivamente como una infracción administrativa.

El motivo no puede ser resuelto sin tomar en consideración la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el delito de inmigración ilegal, o clandestina, tipificado en el art 318 bis y que ha sido objeto de aplicación en la sentencia impugnada. Como señala la STS 188/2016, de 4 de marzo , tras esta reforma ha de acogerse con gran reserva la aplicación de nuestra doctrina jurisprudencial anterior, por referirse a un tipo que tanto en su sentido y finalidad, como en el marco punitivo (que se ha reducido de forma muy relevante), ha sido modificado sustancialmente.





Es conveniente acudir a la Exposición de Motivos de la reforma de 2015, para comprender el sentido, finalidad y contenido de la nueva tipificación, que como veremos debe ser aplicada por ser mas beneficiosa para la acusada recurrente, al establecer un marco punitivo muy inferior a los seis años de prisión que se le han impuesto en la sentencia impugnada.

La Exposición de Motivos expresa lo siguiente: "*Por otra parte, también resulta necesario revisar la regulación de los delitos de inmigración ilegal tipificados en el artículo 318 bis. Estos delitos se introdujeron con anterioridad a que fuera tipificada separadamente la trata de seres humanos para su explotación, de manera que ofrecían respuesta penal a las conductas más graves que actualmente sanciona el artículo 177 bis. Sin embargo, tras la tipificación separada del delito de tráfico de seres humanos se mantuvo la misma penalidad extraordinariamente agravada y, en muchos casos, desproporcionada, para todos los supuestos de delitos de inmigración ilegal. Por ello, se hacía necesario revisar la regulación del artículo 318 bis con una doble finalidad: de una parte, para definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, es decir, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE ; y, de otra, para ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante. De este modo, se delimita con precisión el ámbito de las conductas punibles, y la imposición obligatoria de penas de prisión queda reservada para los supuestos especialmente graves. En todo caso, se excluye la sanción penal en los casos de actuaciones orientadas por motivaciones humanitarias*".

El nuevo tipo penal, mucho más benévolo, lo único que pretende es sancionar "*conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea*", y se configura como un tipo delictivo que excluye expresamente los supuestos de ayuda humanitaria, y también las infracciones cometidas por los inmigrantes, que solo podrán ser sancionadas administrativamente, por lo que la conducta del propio inmigrante ilegal no es delictiva.

Lo que se sanciona es la ayuda intencionada a la entrada o tránsito en territorio español de los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, con vulneración de la normativa legal reguladora, así como a su permanencia en nuestro territorio, en este caso solamente cuando la conducta se realice con ánimo de lucro, todo ello con la finalidad de respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios. Y solo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, se atiende además al bien jurídico pregonado en la rúbrica del título, como "*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*".

**SÉPTIMO.-** Aplicando estos criterios al supuesto actual, y atendiendo a la naturaleza del motivo casacional empleado, que nos impone el respeto del relato fáctico, procede analizar: 1º) si consta suficientemente acreditado en la sentencia impugnada que la recurrente promovió, favoreció o facilitó el tráfico ilegal o la inmigración clandestina con destino a España de personas que no fuesen nacionales de un Estado de la Unión Europea a través de un modo que vulnerase la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros, que era la conducta objeto de sanción en el momento de realizar la acción por la que ha sido condenada y 2º) si dicha conducta puede calificarse de ayuda intencional a la entrada en territorio español de personas que no fuesen nacionales de un Estado de la Unión Europea a través de un modo que vulnere la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros, y que no pueda ser calificado de mera ayuda humanitaria, que es la conducta que sigue siendo delictiva en la regulación actual del art 318 bis.

En el caso actual el hecho probado pone de relieve que la recurrente Josefa se dedicaba a facilitar la inmigración a España de ciudadanos peruanos a quienes, de modo personal o a través de otros, exigía relevantes cantidades de dinero, utilizando contratos de trabajo ficticios que suscribían otras personas a solicitud suya, consiguiendo para estos ciudadanos peruanos permiso de trabajo y residencia mediante la citada documentación mendaz.

Pues bien, no puede olvidarse que el art 54 f de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece expresamente que constituye una infracción muy grave de la ley "*Simular la relación laboral con un extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito*".

En consecuencia, la simulación de contratos de trabajo con el propósito de obtener indebidamente la entrada y el derecho de residencia en España constituye una vulneración manifiesta de la legislación sobre entrada y permanencia de extranjeros, por lo que puede concluirse que la recurrente realizó la conducta sancionada en la redacción anterior del art 318 bis, y también en la actual redacción, debiendo confirmarse la condena, si bien



con la penalidad más benévola establecida en la nueva regulación, que debe ser aplicada retroactivamente a estos efectos.

Es cierto, como destaca la STS 646/2015, de 20 de octubre, posterior a la reforma, que no puede aceptarse una total asimilación de la respuesta penal con la administrativa, por lo que cabe la posibilidad de comportamientos que integren una infracción administrativa de menor entidad, y que no revistan la gravedad necesaria para alcanzar relevancia penal. Para alcanzar esta relevancia la infracción normativa **tiene que ser determinante del modo en que se burlan los controles legales, para posibilitar la entrada, el tránsito o la permanencia ilegal**. Y, en el caso actual, la utilización de contratos de trabajo simulados no solo constituye una infracción "muy grave" de la normativa administrativa, sino que se configura de manera manifiesta como un medio fraudulento de burlar o soslayar el sistema de control establecido por la Unión Europea para limitar el acceso de ciudadanos extranjeros, sin perjuicio de que podría incluso integrar un tipo delictivo más grave, que no ha sido objeto de acusación ( art. 313 C.P .).

**OCTAVO.-** La nueva regulación del tipo excluye de la sanción penal las conductas de ayuda a la entrada o tránsito ilegal cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. También excluye, con carácter general, la ayuda a la permanencia ilegal en España de extranjeros no comunitarios, cuando no se realice con ánimo de lucro. La parte recurrente pretende acogerse a estas excepciones al alegar que su conducta obedecía únicamente a la intención de ayudar a compatriotas peruanos que deseaban trasladarse a trabajar a España.

El objetivo de prestar ayuda humanitaria puede amparar algunos de los comportamientos realizados por la recurrente, como el alojar a los inmigrantes o facilitarles los trámites de obtención de los permisos de trabajo y residencia. Pero es incompatible con la exigencia de fuertes cantidades de dinero a los inmigrantes que deseaban trasladarse a España (4000 dólares, según uno de los testigos) o con establecer una red de colaboradores para confeccionar contratos de trabajo simulados con los que engañar a la Administración, cobrando cantidades relevantes a los inmigrantes por estos servicios. Esta alegación, en consecuencia, también debe ser desestimada.

**NOVENO.-** Fuera del recurso inicialmente planteado se suscita la cuestión de la aplicación retroactiva de la reforma del Código Penal de 2015. La LO 1/2015 modifica el delito objeto de sanción, como ya hemos señalado, reduciendo sustancialmente su penalidad.

Como ya hemos establecido en otras sentencias de esta Sala (STS 40572016, de 11 de mayo) en la revisión de sentencias por aplicación retroactiva de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, deben distinguirse dos supuestos, regulados respectivamente por las Disposiciones Transitorias segunda y tercera de la referida Ley: cuando las sentencias sean firmes y cuando se encuentren pendientes de recurso.

En el primer caso los jueces o Tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código.

En el segundo, es decir, en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva Ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho.

En el primer caso la regla general, como se deduce del texto de la norma y aclara la STS 266/2013, de 19 de marzo, recientemente reiterada por la STS 346/2016, de 21 de abril, consiste en que cuando la pena impuesta en la sentencia revisada también es imponible en el nuevo marco legal, no se debe dar lugar a un nuevo ejercicio de individualización caso por caso, ni tampoco a una mecánica adaptación de las penas anteriormente impuestas en proporción aritmética al nuevo marco punitivo, pero como excepción deben introducirse las prevenciones necesarias para evitar que la aplicación literal de la disposición transitoria segunda de la LO 1/2015 provoque resultados contrarios al principio de proporcionalidad. Es decir que solo se permite una nueva individualización de la pena, de forma excepcional, cuando por cualquier razón los criterios o principios sobre la imposición de la misma (proporcionalidad) resulten alterados o desajustados de acuerdo con la nueva legalidad, pues solo un principio constitucional puede facultar para matizar la interpretación literal de la Ley, que excluye la revisión en los supuestos en los que la pena impuesta también pueda legalmente imponerse con la nueva regulación.



Por el contrario, en el segundo supuesto, es decir, en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, si el recurso de casación estuviera sustanciándose, se adaptan los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, continuando la tramitación conforme a derecho, por lo que al resolver el recurso se aplica directamente la nueva regulación.

Ello conlleva dos consecuencias, en primer lugar que la pena debe individualizarse con libertad de criterio en la segunda sentencia por esta Sala, sin limitación alguna derivada de que la pena impuesta en la sentencia de instancia sea también imponible en el nuevo marco legal. Y, en segundo lugar, que al revisar la sentencia se está estimando un motivo de casación adaptado a la nueva Legalidad vigente, lo que implica que las costas deben ser declaradas de oficio, dada la estimación del motivo adaptado ( art 901 Lecrim y STS 658/2015, de 26 de octubre ).

**DÉCIMO** .- Procede, en consecuencia, desestimar los motivos de casación inicialmente planteados, pero estimar la solicitud de revisión de la anterior sentencia, con declaración de las costas de oficio, conforme a lo prevenido en el art. 901 de la Lecrim .

No ha lugar a aplicar lo dispuesto en el art 903 de la Lecrim , haciendo extensivo el fallo a los no recurrentes pues, al no haber recurrido, la revisión de la sentencia conforme a la nueva legislación debe efectuarse en ejecución de sentencia por el Tribunal sentenciador.

### III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida en la Constitución, esta Sala ha decidido:

1º) **DESESTIMAR** los motivos del recurso por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de ley interpuestos por **Josefa** , contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz, de fecha 24 de marzo de 2015 , en causa seguida a la misma por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

2º) **ESTIMAR** la solicitud de **revisión** de la anterior sentencia interpuesta por la representación de la recurrente, en aplicación de la reforma del 2015 del Código Penal; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia sin expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

### SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Junio de dos mil dieciséis.

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Badajoz incoó Procedimiento Abreviado y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera, con el número 23/2013 , por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros contra Josefa , nacida el NUM003 de 1955, hija de Pedro Miguel y de Carmela , natural de Ica (Perú) y vecina de Badajoz, mayor de edad, sin antecedentes penales, insolvente; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 24 de marzo de 2015 , 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

**ÚNICO** .- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO





**PRIMERO.** - De conformidad con los razonamientos contenidos en la sentencia casacional, en atención a la pena establecida para el delito de favorecimiento de la inmigración ilegal del art. 318 bis por la LO 1/2015, debe ser reducida la impuesta en la sentencia recurrida de seis años de prisión.

Dada la naturaleza de los hechos y la personalidad de la acusada, y teniendo en cuenta que ha concurrido ánimo de lucro lo que obliga a la imposición de la pena establecida por el tipo (de tres meses a un año de prisión) en su mitad superior, y atendiendo a la pena solicitada por el Ministerio Público en esta alzada, se estima procedente imponer la pena de OCHO MESES DE PRISIÓN.

### III. FALLO

Se modifica la pena privativa de libertad impuesta a la recurrente **Josefa** por el delito de ayuda a la inmigración ilegal con ánimo de lucro, imponiéndole la de **OCHO** meses de prisión, dejando subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**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 Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.