



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA**

INMIGRACIÓN ILEGAL. ART. 318 BIS CP

OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES  
EXTRANJEROS. ART. 311 BIS

PRIMER SEMESTRE. 2019

INDICE

**I. NOTA PRELIMINAR.....p.5.**

**II. INMIGRACIÓN ILEGAL**

**A. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA.**

**RETROACTIVIDAD..... p.9.**

**A. BIS. COMPETENCIA..... p.14.**

**A. TER. TIPO BASICO..... p.16.**

A.1. AYUDA A LA ENTRADA CLADESTINA DE  
INMIGRANTES POR MAR O TIERRA O AL TRANSITO. p.16.

A.2. AYUDA A LA ENTRADA FRAUDULENTE DE  
INMIGRANTES O AL TRANSITO

A.2.1. COMO TURISTA CON EL PROPOSITO DE  
PERMANECER

A.2.2. CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN DE  
PARENTESCO

*a. MATRIMONIO DE CONVENIENCIA*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

*b. OTRO VINCULO FAMILIAR*

A.2.3.CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN LABORAL

A.3.AYUDA A LA PERMANENCIA

a. CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN DE PARENTESCO

*a.1.MATRIMONIO DE CONVENIENCIA*

*a.2.SIMULACIÓN DE OTRO VINCULO FAMILIAR*

b. CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN LABORAL

**B. SUBTIPOS AGRAVADOS.....p.18.**

B.1.PUESTA EN PELIGRO

- a. En embarcación
- b. En vehículo a motor

B.2. ANIMO DE LUCRO..... p.18.

B.3.ORGANIZACIÓN.....p.18.

**C.SUBTIPO ATENUADO**

**D.PARTICIPACIÓN**

**D.BIS.CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES O ATENUANTES**

**E. ÁNIMO SUBJETIVO**

**III.OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EXTRANJEROS**

**A. TIPO BASICO.....p.25.**

**B. TIPOS CUALIFICADOS**

**IV. MEDIDAS CAUTELARES DURANTE LA INSTRUCCIÓN INMIGRACIÓN ILEGAL.....p.28.**

**V. PRUEBA**

**PRUEBA DEL DLEITO DE INMIGRACIÓN ILEGAL...p.31.**

**A. DECLARACIÓN DEL ACUSADO**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**B. TESTIFICAL. ATESTADO Y PERICIAL MÉDICA.ART.318  
BIS.....p.31**

- B.1.TESTIFICAL DEL INMIGRANTE
- B.2.TESTIFICAL DE POLICIA O GUARDIA CIVIL...p.31.
- B.2.BIS.TESTIFICAL DE TERCEROS
- B.3.PRUEBA PRECONSTITUIDA O ANTICIPADA
- B.3.BIS.PERICIAL MEDICA
- B.3.ter.ATESTADO y RECONOCIMIENTO POLICIAL
- B.4.OTRAS CUESTIONES

**C.RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO O EN RUEDA**

**D.INTERPRETE**

**E. VIDEOCONFERENCIA**

**F. ESCUCHAS TELEFONICAS.....p.37.**

- F.1.INDICIOS VALIDOS PARA AUTORIZAR O PRORROGAR  
ESCUCHAS.CONTENIDO DEL AUTO.....p.37.
- F.2.EFICACIA PROBATORIA.....p.45.
- F.3.OTRAS CUESTIONES

**G. ENTRADAS Y REGISTROS**

- G.1. MOTIVACIÓN DE LA SOLICITUD POLICIAL O DEL  
AUTO JUDICIAL
- G.2.EFICACIA PROBATORIA
- G.3. OTRAS CUESTIONES

**H. OTRASPRUEBAS**

**PRUEBA DEL DLEITO DE OCUPACIÓN DE TRABAJADORES**

- A. CONDICIÓN DE EMPRESARIO O ADMINISTRADOR.p.58.**
- B. CONDICIÓN DE TRABAJADORES.....p.59.**

**VI.PENA APLICABLE**

- A. INMIGRACIÓN ILEGAL**
- B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS..p.62.**

**VII.RESPONSABILIDAD CIVIL**

- A. INMIGRACIÓN ILEGAL**
- B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS..P.64.**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

## VIII.OTRAS CUESTIONES

### A. INMIGRACIÓN ILEGAL

### B.OCUPACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

## IX.OTROS DELITOS RELACIONADOS

### A. BLANQUEO

### B. FALSEDAD.....P.66.

## I.NOTA PRELIMINAR

## I.NOTA PRELIMINAR

La Instrucción 1/2015 de la FGE, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados, en su Apdo.10 establece que: *los Fiscales de Sala Coordinadores habrán de elaborar al menos semestralmente resúmenes jurisprudenciales de la materia que le es propia, sistematizados por medio de un índice de materias. Tales resúmenes serán remitidos a todos los Delegados de la especialidad por correo electrónico. En cuanto a la publicidad de tales recopilaciones, la Instrucción añade a continuación que los resúmenes jurisprudenciales se publicarán igualmente en la página [fiscal.es](http://fiscal.es) a disposición de todos los Fiscales, sean o no especialistas.*

En cumplimiento de tales cometidos hemos elaborado un nuevo resumen con extractos de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Supremo y de algunas resoluciones de Audiencias Provinciales en materia de inmigración ilegal y ocupación ilegal de trabajadores extranjeros.

Hemos introducido un nuevo epígrafe sobre medidas cautelares a adoptar en instrucción, en particular las relativas a criterios para adoptar la prisión provisional.

Algunas de las cuestiones más interesantes que se analizan son:



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

## **Delito de inmigración ilegal**

### *Aspectos sustantivos*

Hay un delito de inmigración ilegal por cada víctima dado que la inmigración ilegal también protege la libertad del inmigrante. SAP de Vizcaya, secc. 1ª, nº 50/2019, de 27 de junio. *Las jornadas de las FDE de Sevilla llegan a la solución contraria.*

No hay ánimo humanitario dada la vulnerabilidad del inmigrante. SAP de Vizcaya, secc. 1ª, nº 50/2019,

### *Elemento subjetivo*

El acusado tenía que conocer la presencia del inmigrante. El habitáculo en que se trasladan los inmigrantes reduce el depósito de gasolina hasta el punto de tener que repostar constantemente. STS nº 135/2019, de 12 de marzo :

La acusada que viajaba con sus cuatro hijas sabía que iban tres inmigrantes en su vehículo. Ella o cualquiera de sus hijas tuvo que oír algún ruido de los inmigrantes generado por la incomodidad del habitáculo o por su nerviosismo. ATS nº 466/2019, de 21 de marzo

Del mero hecho de que la recurrente ocupara el vehículo conducido por su marido no puede desprenderse que conociera que había inmigrantes o el concierto delictivo. Hay múltiples explicaciones. SAP de Málaga, secc. 7ª, nº 21/2019, de 25 de marzo

### **Subtipo agravado de Grave peligro para la vida**

El viaje en cayuco desde Gambia hasta las islas canarias es peligroso por definición, al realizarse en mar abierto con riesgo de insolaciones e hipotermias, en embarcaciones destinadas a la pesca de bajura y no a hacerlo por alta mar. La existencia de dos motores o Gps no excluye la peligrosidad.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Concorre el tipo agravado con independencia de que se cargara comida o agua. Si no la alternativa hubiera sido la muerte. No había chalecos salvavidas. STSJ de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, nº 18/2019, de 8 de abril

Concurrencia de riesgo para la vida existencia de un sistema artesanal de succión y suministro de combustible al haber eliminado el depósito de gasolina para construir el habitáculo en el que trasladar a los inmigrantes, el número de personas que viajaban en habitáculos de tan reducidas dimensiones, tres, una en el salpicadero y dos en los asientos traseros y el tiempo de permanencia en el vehículo, tres horas en condiciones claustrofóbicas. ATS nº 466/2019, de 21 de marzo-

El que los ocupantes de la embarcación dupliquen la capacidad de la embarcación no es suficiente sino se prueba que el peso global de los ocupantes dificultan las maniobras de la embarcación. SAP de Cádiz, secc.6ª, nº 58/2019, de 28 de junio

### *Prueba*

Grabaciones por la cámara de una base militar de dos personas extrayendo a un inmigrante de un vehículo. Innecesario de que comparezcan quienes grabaron por cuanto es una grabación automática. Excepcionalmente la cámara se orienta manualmente a donde se produce la esena. No hay indicios de manipulación de la grabación, los improvisados operadores nada van a aportar a lo grabado y la condena no se basó en considerar probado que el acusado fuera una de las personas que ayudó a sacar al inmigrante del vehículo sino que se le condena por participar en el traslado del mismo por la frontera. STS nº 135/2019, de 12 de marzo

## **Ocupación ilegal de trabajadores extranjeros**



**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**

**UNIDAD DE EXTRANJERÍA**

Es posible dar de alta en la Seguridad Social a trabajadoras de alterne. La jurisprudencia social señala que el alterne es relación si reúne los requisitos de dependencia y cuenta ajena pero no lo es si va acompañada de prostitución. El ámbito penal tiene otros matices. La protección penal se extiende a personas desprotegidas aunque no puedan intervenir en contratos de trabajo. Numerosos precedentes condenan por el art.312.2 CP en el ejercicio de la prostitución contraria a la dignidad desconociendo sus derechos laborales. La actividad de alterne constituye una relación laboral por lo que el empresario debe darle de alta en la Seguridad Social. STS nº 162/2019, de 26 de marzo :

Para acreditar la relación de alterne no es preciso que haya fotos del local. En Derecho penal no rige la prueba tasada. Hay que atender a la prueba en cada caso. La testifical del camarero, agentes de la Guardia Civil e informe de la Inspección se desprende que hay una relación laboral sin que las trabajadoras estén dadas de alta. STS nº 162/2019, de 26 de marzo

El acta de la inspección prevalece frente a la declaración de los trabajadores a la hora de determinar si hay relación laboral. ATS nº 332/2019, de 7 de febrero

No está justificado poner la prisión en su mitad inferior y la multa en su límite máximo. Deben ser coincidentes en la extensión. STS nº 162/2019, de 26 de marzo

La cuota de la multa no puede ser la mínima que se reserva para supuestos de indigencia que no concurren cuando como en el presente caso el acusado ejerce una actividad mercantil. STS nº 162/2019, de 26 de marzo

La responsabilidad de las personas jurídicas no es aplicable al art.311. Lo es el art.318 CP por remisión al art.129. Para suspender la empresa no se requiere una previa declaración de responsabilidad de la persona jurídica. No ha producido indefensión porque la sociedad ha sido parte procesal y ha podido ejercer su derecho de defensa. STS nº 162/2019, de 26 de marzo.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

## II. INMIGRACIÓN ILEGAL

### A. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA

Tribunal Supremo

#### 1. ATS nº 466/2019, de 21 de marzo

**Tras la reforma de la LO 1/2015, el bien jurídico protegido es la unidad del derecho europeo en una materia de interés común y sólo en supuestos agravados de puesta en peligro de la vida e integridad física se atiende a los derechos de los ciudadanos extranjeros.**

Respecto al delito de inmigración clandestina de personas, previsto y penado en el *artículo 318 bis, apartado 1 del Código Penal*, tras la reforma operada por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *esta Sala en STS nº 188/2016, de 4 de marzo*, ha señalado que 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, con y sin ánimo de lucro, a la vulneración por los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, de la normativa legal reguladora de su entrada, tránsito y permanencia en territorio español, 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





FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

del título, como delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

## A.BIS.COMPETENCIA

Tribunal Supremo

### 1.ATS de 20 de junio de 2019 ( completar)

El Juzgado de Gerona incoa diligencias previas por denuncia presentada por la Fiscalía contra la sociedad Eurobasket Int Academy. Las peticiones de escuchas telefónicas solicitadas por la Fiscalía fueron desestimadas por la Audiencia de Gerona al estimar que los hechos constituían un delito de ayuda a la permanencia de no nacionales, vulnerando la legislación de estancia pero que Eurobasket carece de cualquier participación. Dicha sociedad se publicita en Internet ofertando a jugadores estadounidenses la posibilidad de darse a conocer en el baloncesto españoles. La oferta no es falsa y son los jugadores los que pagan los billetes de ida y vuelta, y quienes efectúan los trámites ante la Embajada para la entrada en España de forma totalmente legal. Son los clubs los que contratan a los jugadores y realizan los tramites posteriores para que estos jugadores puedan jugar.. Si no se culmina la tramitación es por la desidia de jugador y club. En consecuencia, el Juzgado de Instrucción archiva el asunto asumiendo los criterios de la Audiencia se inhibe a favor de diferentes territorios en que hay clubs de baloncesto que han contratado a dichos jugadores. El Auto fue declarado firme sin oposición del Fiscal.. Todos los Juzgados aceptan la inhibición salvo Castellón que la rechaza al entender que los hechos se realizan por una organización criminal que da soporte a la conducta de ayuda a la permanencia. La competencia corresponde a Castellón y no a Gerona en aplicación del art. 14.1 y 17.1 LECrim al no aportarse razón alguna para reabrir la causa en Girona.

Gerona incoa las Diligencias Previas por denuncia presentada por la Fiscalía contra Eurobasket Int Academy y sus entidades derivadas, archivadas por auto 1/8/18 por no ser los hechos constitutivos de delito, en



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

el mismo auto Girona entendió que en todo caso los hechos constituirían un delito de ayuda a permanecer en territorio español de personas que no sean nacionales de un estado miembro de la Unión Europea, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros miembros. El auto fue declarado firme sin oposición del Ministerio Fiscal. En la denuncia origen de las Diligencias Previas, Fiscalía solicitaba una serie de medidas de investigación contra dicha entidad como eran distintas intervenciones telefónicas, medidas rechazadas por el Juzgado de Instrucción de Girona y que fueron recurridas ante la Audiencia Provincial de Girona que confirmó la decisión del Juzgado archivando las Diligencias Previas y deduciendo testimonio de las actuaciones de las mismas a los Juzgados de Vinaroz, Benicarló, Castellón, Alcoy, Gijón, Cornellá de Llobregat, Badalona, Línea de la Concepción, Madrid, Tarragona y Tortosa aceptando la competencia todos los Juzgados con excepción del nº 5 de Castellón y posteriormente Vinaroz. En dichas localidades estaban registrados clubs de baloncesto que habían contratado jugadores extranjeros que habían recibido los servicios que ofertaba Europrobasket Int Academy. La inhabición se acordó mediante auto de 1/8/18. Respecto a la inhabición a Castellón, correspondieron las actuaciones al *Juzgado de Instrucción nº 5 de Castellón no aceptando la inhabición (Auto de 13/11/18 )* por entender que el objeto de los hechos que se tramitan en las Diligencias Previas del de Girona se refieren a unos hechos que inicialmente pueden ser realizados por una Organización Criminal, organización que daría soporte a la ayuda de permanencia de ciudadanos extranjeros ilegales en España, y que si bien no podría subsumirse en el subtipo agravado del **318 bis 3** del Código Penal como ha señalado la Audiencia de Girona, no sería contrario a derecho la calificación del delito básico de permanencia en concurso con un delito de organización criminal del *art. 570 nº 1 del Código Penal* , conduciendo la competencia a los Juzgados de Gerona que fue quien inició la instrucción. Gerona, acuerda plantear cuestión de competencia por entender que deben seguir conociendo de los procedimientos los diversos Juzgados respecto a los que se dedujo testimonio y que han aceptado la inhabición a excepción de Castellón, insistiendo que la conducta de Europrobasket Int Academy era publicitarse en internet sin esconder su intención posterior de recolocación laboral de unos servicios que no eran falsos como era la posibilidad de dar a conocer a jugadores de baloncesto extranjeros el baloncesto español, y eran estos jugadores los que pagaban los billetes de ida y vuelta, y quienes efectuaban los trámites ante la Embajada



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

para la entrada en España de forma totalmente legal.

La posterior tramitación para que estos jugadores pudieran jugar en España estaba tramitada a través de los distintos Clubes que los contrataban y de los propios jugadores, y que no se hubiera culminado esta tramitación era achacable a la desidia del jugador y del Club no a Europrobasket Int Academy, ya que por cuenta de ésta habían entrado legalmente en España.

...

SEGUNDO.- La cuestión de competencia negativa planteada debe ser resuelta como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala a favor de Castellón y de Vinarós, pues en ambos casos es correcta la decisión del Juzgado de Girona, y en aplicación de lo previsto en el *art. 14.1 y 17.1 LECrim* . (L.O. 13/15 de 5 de octubre) sobre la procedencia de que se sigan tramitando los procedimientos en causas independientes ya que no se aporta razón alguna de utilidad para que se reabra la causa en Girona, únicamente para tramitar la investigación referida a Castellón y Vinarós cuando no ha quedado acreditada la participación en el delito del art. **318 bis** 2 de la entidad Europrobasket Int Academy, en consecuencia a Castellón le corresponde continuar con la instrucción de sus D. Previa 1598/18 y Vinarós con sus D. Previa 654/18.

## **A.TER.TIPO BASICO**

### **A.2.AYUDA A LA ENTRADA FRAUDULENTA DE INMIGRANTES O AL TRANSITO**

#### **A.2.1. COMO TURISTA CON EL PROPOSITO DE PERMANECER**

Audiencia Provincial

#### **1.SAP de Vizcaya, secc. 1ª, nº 50/2019, de 27 de junio**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**No se aprecia continuidad delictiva sino un delito por inmigrante  
Dado que en el 318 bis no sólo se protegen los intereses migratorios del  
Estado sino también la libertad del inmigrante que aunque preste su  
consentimiento no puede decidir su futuro con libertad**

Respecto a la calificación principal de los hechos como delito continuado, estimamos más acorde a derecho la alternativa de considerar que se trata de tres delitos del artículo **318 bis.1** del CP ., y no de un delito continuado

Ya la STS 2776/2016 , de 17-6 esboza las dificultades que reviste esta cuestión, y analizando un supuesto de trata de seres humanos del artículo 177 bis del CP ., descarta la aplicación del art. 74 (delito continuado), con varias víctimas consecutivas, porque tropieza con la dificultad añadida del apartado 3 del citado precepto, que dispone que quedan exceptuadas las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo, y en estos supuestos es evidente que los sujetos pasivos son varios, y que no se protege tampoco en puridad la libertad ni la indemnidad sexual de las víctimas en el delito de trata.

En concreto en esta sentencia, en su Fundamento de Derecho Séptimo, expresa que "Ciertamente, en otros tipos penales, como en el delito de inmigración ilegal, tipificado en el art. **318 bis**, se han venido considerando las conductas afectantes a varios sujetos pasivos como un solo delito (y con esta misma técnica lo trata incluso la sentencia recurrida), pero hemos de convenir que el bien jurídico protegido es distinto, y en tal delito se protege con mayor especificidad el control estatal sobre los flujos migratorios (en la mención del precepto el "tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas"). Pero aun así, tras la modificación operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor a partir del 1 de julio de 2015 ( art. **318 bis** del Código Penal ), tal estado de la cuestión deba modificarse, lo que aquí exclusivamente se apunta, toda vez que el tipo actualmente se refiere al 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; o en el apartado 2, ayudar a permanecer en España a "una persona" en los términos allí dispuestos".



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

En el entendimiento de que el bien jurídico protegido es pluriofensivo, y no protege en exclusividad el control de los flujos migratorios sino también el ataque que supone contra la persona individualmente considerada, persona que sufre un ataque a su libertad entendida como facultad de decidir libremente su futuro vital, puesto que lo compromete, aun con su consentimiento --que en no pocas ocasiones está viciado-- cual es el caso que nos ocupa, consideramos que no se debe aplicar la figura de la continuidad delictiva, al existir afectación de bienes personales que ofenden a diferentes personas.

**No hay ánimo humanitario aunque no haya beneficio económico dada la vulnerabilidad de las víctimas**

Por último, la alegación defensiva de que la conducta de la acusada es atípica porque se limitó a prestar una ayuda humanitaria, no puede ser acogida porque ninguna de las tres personas a las que ayudó a entrar ilegalmente en nuestro país, estaba en una situación de riesgo vital o de grave peligro que inevitablemente exigiere de su intervención exonerante; motivo por el que sus conductas son típicas en el sentido ya expresado.

## **B. SUBTIPOS AGRAVADOS**

### **B.1.PUESTA EN PELIGRO**

#### **a. En embarcación**

Tribunal Superior de Justicia

**1.STSJ de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, nº 18/2019, de 8 de abril**

**Se aprecia el tipo agravado.El viaje en cayuco desde Gambia hasta las islas canarias es peligroso por definición, al realizarse en mar abierto con riesgo de insolaciones e hipotermias, en embarcaciones destinadas a la pesca de bajura y no a hacerlo por alta mar. La existencia de dos motores o gps no excluye la peligrosidad. Concurre el tipo agravado con independencia de que se cargara comida o agua. Si no la alternativa**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**hubiera sido la muerte. No había chalecos salvavidas.**

El motivo exige partir del respeto a los Hechos probados de la sentencia. En el presente caso, la concurrencia del subtipo agravado queda reflejada en el hecho probado Único, donde se describe lo siguiente: 1) Que a las costas del sur de Gran Canaria arribó el día 16 de octubre de 2017 una embarcación tipo patera, en la que viajaban al menos 91 personas, siendo al menos dos de ellas menores de edad; 2) Que la referida embarcación había zarpado de las costas de Gambia el día 11 de octubre de 2017 (con lo que la duración del viaje fue de cinco días); y, 3) Que a los tripulantes de la embarcación se les suministró agua y comida, galletas, sacos de arroz, si bien insuficientes, y que carecía de chalecos salvavidas. Frente a la alegada indebida aplicación del art. 318 bis 3.b), no puede desconocerse que el viaje en cayuco o en patera durante cinco días desde las alejadas costas de Gambia al archipiélago canario es peligroso por definición, al realizarse a mar abierto por el Océano Atlántico con el riesgo de insolaciones o hipotermias que conlleva, y en embarcaciones destinadas a la navegación y pesca de bajura pero no aptas para la navegación en alta mar. Por otra parte, el que la embarcación dispusiera de dos motores y de dos GPS para orientar la navegación no desvirtúa la realidad de la peligrosidad que para la vida de los pasajeros significa una travesía de esas características, independientemente de que en el cayuco se hubieran cargado agua y alimentos, que los testigos declararon como insuficientes; lo contrario hubiera podido suponer una muerte segura para los pasajeros en una travesía de cinco días por el océano. A ello debe añadirse la inexistencia a bordo de la nave de los necesarios chalecos salvavidas, esto es, de los elementos básicos e imprescindibles de seguridad para los ocupantes de la embarcación, máxime en una travesía de las características de la descrita. Todas estas circunstancias permiten afirmar que la conducta típica cumple con las previsiones del tipo agravado aplicado en la sentencia y que el motivo ha de ser rechazado, y, con él, la totalidad del recurso y las adhesiones al mismo.

Audiencia Provincial

**1.SAP de Cádiz, secc.6ª, nº 58/2019, de 28 de junio**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**Ausencia de peligro para la vida por riesgo de hundimiento de la embarcación. El hundimiento es un riesgo inherente a la navegación sobre el que pueden influir múltiples factores, algunos no controlables. No queda acreditado tal riesgo. No se ha probado que las condiciones de navegación fueran tan poco propicias como señala el Fiscal. Es irrelevante que no se tuvieran luces de navegación a pleno día. Imposibilidad de hacerse una idea concreta de que pasa con los chalecos salvavidas. Aunque se doblase el número máximo de ocupantes se desconoce hasta que punto el peso global de los inmigrantes puede dificultar las maniobras de la embarcación. No se puede determinar por las grabaciones en cuanto parte de los inmigrantes permanecieron en la zona cabinada.**

Riesgo de hundimiento : el " ...peligro para la vida de los inmigrantes... " al que se refirió el Ministerio Fiscal en su relato de hechos punible tiene que examinarse desde esta óptica, más fáctica, en tanto que este último es un elemento del tipo. Ese riesgo es consustancial a la propia navegación, siendo infinitas las circunstancias que pueden influir en ello, en ocasiones puramente aciaga, puntuales e incontrolables por muchos medios que se pongan para evitarlo, como es notorio. Lo que tiene que valorarse por motivos que se acertaran a entender en toda su extensión con lo que se indicará en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución es si de una forma objetiva y mínimamente relevante incrementó ese riesgo, produciéndose un peligro concreto de irse a pique. Partiendo de tal base, no puede descartarse que así ocurriera, pero tampoco puede tenerse por acreditado con los elementos de convicción con los que se cuenta. Más allá de que las verdaderas condiciones del mar y del viento no se hayan probado que fueran tan poco propicias como se postulaba por el Ministerio Fiscal, la irrelevancia de que no se tuvieran luces de navegación a pleno día y la imposibilidad de hacerse una idea concreta de qué ocurría realmente con los chalecos salvavidas, lo cierto es que, aunque se doblase casi el número de ocupantes máximo para el que estaba autorizado, existen una serie de elementos que no pueden dejar de tomarse en consideración. Este Tribunal no puede alcanzar una convicción clara de hasta qué punto el peso de los que viajaban en ella en su conjunto, que se desconoce, podría dificultar las maniobras o propiciar el hundimiento ante determinadas circunstancias que hubiera de sufrir durante la travesía, puntuales o generales, lo que desde



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

luego no se ha evidenciado en las grabaciones, ni si ello sólo se mantendría en tanto que permanecieran parte de los inmigrantes en la zona cabinada.

b. En vehículo a motor

Tribunal Supremo

### **1.ATS nº 466/2019, de 21 de marzo**

**Concurrencia de riesgo para la vida existencia de un sistema artesanal de succión y suministro de combustible al haber eliminado el deposito de gasolina para construir el habitáculo en el que trasladar a los inmigrantes. También por el número de personas que viajaban en habitáculos de tan reducidas dimensiones, tres , una en el salpicadero y dos en los asientos traseros y el tiempo de permanencia en el vehículo, tres horas en condiciones claustrofóbicas.**

Considera probado el Tribunal de instancia que se puso en peligro la vida de los inmigrantes, lo que cuestiona la recurrente que impugna la aplicación del subtipo agravado del *artículo 318 bis . 3 del Código Penal* .

Pues bien, tal y como expuso el Tribunal de instancia, existió un real peligro para la vida de los pasajeros que ocupaban la embarcación, y ello por los siguientes motivos.

En primer lugar, porque el vehículo donde fueron transportados los inmigrantes fue manipulado con el fin de poder crear los habitáculos. El primer de ello en el salpicadero, para cuya creación se eliminaron los elementos originales de airbag, el sistema de climatización del interior de la guantera y se situó mediante soldadura una placa metálica como base de soporte a la persona alojada en su interior. En el segundo habitáculo, para su creación, se procedió a la eliminación del depósito de gasolina y de gran parte del soporte metálico del asiento trasero, colocándose una placa para el cierre del habitáculo. La supresión de depósito de combustible fue suplida con la creación de otro provisional fabricado con una botella de plástico de cinco litros y del correspondiente sistema artesanal de succión y suministro del combustible.





FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

En segundo lugar, dado el número de personas que viajaban en los habitáculos de tan reducidas dimensiones. En el salpicadero se encontraba una persona, pero en los asientos traseros dos personas.

En tercer lugar, el tiempo que permanecieron dentro de dichos habitáculos en condiciones claustrofóbicas, puesto que permanecieron allí aproximadamente durante tres horas.

En definitiva, el riesgo para la integridad de los inmigrantes, aparece descrito en los hechos probados. Entendemos que se aplicó correctamente el tipo agravado del *apartado b) del nº 3 del art. 318 bis CP*, que tiene presente las situaciones de alto riesgo en que muchas ocasiones se producen el tráfico ilegal de personas, como ocurrió en el caso de autos.

En consecuencia, ninguna infracción de ley se ha cometido

## E. ÁNIMO SUBJETIVO

Tribunal Supremo

### 1. STS nº 135/2019, de 12 de marzo

**El acusado lo sabía ya que aunque la alteración no es visible al haberse hecho reduciendo el deposito de carburante obliga a un repostaje continuo.**

Y destaca, en primer lugar, que el vehículo es propiedad del acusado y presenta una alteración que lo hace útil para el traslado clandestino de pasajeros, en circunstancias que determinan que el conductor ha de ser consciente de dicha alteración, pues aunque no sea perceptible a simple vista, obliga al repostaje continuo de carburante, al haberse sustituido el depósito regular del vehículo por un depósito con capacidad para tres o cinco litros.

### 2. ATS nº 466/2019, de 21 de marzo



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**La acusada que viajaba en un coche de reducidas dimensiones con sus cuatro hijas necesariamente ella o alguna de sus hijas tuvo que percibir la presencia de alguno de los inmigrante por los ruidos generados por la incomodidad del habitáculo o el nerviosismo que produce el transporte.**

En relación a la consideración del elemento subjetivo del injusto la Sala de instancia valora ciertos indicios, en primer lugar el hecho cierto de la introducción ilegal y subrepticia en territorio español de tres súbditos subsaharianos ocultos en habitáculos al efecto practicado en el coche conducido por la acusada, en segundo lugar consta de manera indubitada las reducidas dimensiones del vehículo, un Peugeot 206, y que uno de los subsaharianos viajaba en el salpicadero y otros dos bajo los asientos traseros, viajando la acusada con sus cuatro hijas. Estas circunstancias son consideradas por la Sala de instancia para entender como razonable que la presencia de los inmigrantes dentro del vehículo era perceptible por la acusada o por cualquiera de sus hijas, tanto por lo reducido del espacio como los ruidos por movimientos de los inmigrantes que se podrían originar por la incomodidad del habitáculo y el nerviosismo que produce el transporte de personas en condiciones claustrofóbicas.

Por último, la Sala de instancia consideró que la acusada en su declaración incurrió en contradicciones, llamando la atención que durante todo el curso de la causa no procedió a identificar a la persona que se supone le pidió el favor de pasar el coche desde Marruecos a Melilla. También considera la Sala que la versión dada por la misma acerca de que se trasladó a la frontera a comprar verduras por la noche y a pie desde su domicilio, acompañada de todas sus hijas hasta la zona fronteriza perteneciente a Marruecos resulta inverosímil.

Audiencia Provincial

**1.SAP de Málaga, secc.7ª, nº 21/2019, de 25 de marzo**

**Absolutoria.Del mero hecho de que la recurrente ocupara el vehículo conducido por su marido no puede desprenderse que conociera**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**que había inmigrantes o el concierto delictivo. Hay múltiples explicaciones**

Sin embargo, en el caso de autos, el único elemento probado que obra en autos respecto de la recurrente en relación con el delito imputado es el hecho de viajar como ocupante en el turismo conducido por su marido, del que éste es el usuario normal, durante el transporte clandestino del súbdito extranjero para su introducción ilícita en territorio español.

Este dato, por sí solo, se considera insuficiente para inferir el concierto delictivo de la recurrente con los otros acusados para la introducción subrepticia del súbdito extranjero en territorio español, y, ello, porque el acompañamiento no presupone el conocimiento de que viajara en el interior del vehículo una persona escondida en un habitáculo oculto con el fin de su introducción ilegal en territorio español, ni menos aún, el concierto delictivo, ante la existencia razonable de otras explicaciones que pueden justificar su presencia como acompañante en el vehículo, derivadas de la propia relación marital, como el interés de pasear, desplazarse o, simplemente, acompañar a su marido.

## **III. OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EXTRANJEROS**

### **A. TIPO BASICO**

Tribunal Supremo

#### **1. ATS nº 332/2019, de 7 de febrero**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

### **Requisitos del delito de ocupación ilegal masiva de trabajadores**

Afirmábamos en *STS 121/2017, de 23 de febrero* que: "Ante todo debemos recordar las consideraciones que efectuamos en nuestra *STS 478/2015, de 17 de julio* , donde precisamos que: "el tipo penal de referencia es el *art 311 , 2º CP* , precepto introducido por la *LO 7/2012, de 27 de diciembre*, con entrada en vigor a partir del 17 de enero de 2013, y que en concreto tal tipo penal castiga con la sanción dispuesta en el mismo, a los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de:

a) el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores ,

b) el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien.

c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores .

La finalidad de la norma, como se deduce del Preámbulo de la *LO 7/2012*, es sancionar a quienes recurren, de forma masiva o colectiva, a la utilización de trabajadores sin haber formalizado su incorporación al sistema de la Seguridad Social correspondiente. Y dicha incorporación es obligatoria, en las condiciones establecidas legal y reglamentariamente, independientemente del número de trabajadores y horas de prestación en el mes anterior al momento del cómputo".

Los hechos, tal y como han quedado acreditados, son subsumibles en el citado precepto al haber quedado acreditados tanto los elementos objetivos como subjetivos, sin que ninguna tacha pueda realizarse a dicha subsunción.

...



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

D) Finalmente, de los hechos probados se desprende de forma inequívoca el elemento subjetivo del delito. La acusada de forma voluntaria y consciente contrató a más de la mitad de su plantilla, en una empresa que empleaba a más de 10 y menos de 100 trabajadores , sin darles de alta en la Seguridad Social.

Los hechos, por tanto son subsumibles en el precepto combatido.

...

Social de más de la mitad de los trabajadores que trabajaban en su empresa. Era la acusada quien realizaba las contrataciones. Y no cabe ignorar que los trabajadores lo hacían en beneficio de la acusada, que era la titular de la explotación y sobre quien recaía la responsabilidad de la falta de alta en la Seguridad Social.

### 2.STS nº 162/2019, de 26 de marzo

**No es atendible el argumento de que no es posible dar de alta a las mujeres en la Seguridad Social. La jurisprudencia de la Sala IV señala que el alterne es relación laboral si reúne los requisitos de dependencia y cuenta ajena pero si va acompañada de prostitución no es relación laboral al ser la causa ilícita. No obstante el ámbito penal tiene otros matices. La protección penal debe extenderse a personas desprotegidas aunque no tengan las condiciones para intervenir en un contrato de trabajo. En relación al 312.2 CP hay abundantes precedentes de la Sala II en los que el empresario que en su establecimiento desarrolla actividades de prostitución en condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana, desconociendo sus derechos laborales, comete, además de un delito de prostitución, un delito contra los derechos de los trabajadores. La contratación de inmigrantes ilegales debe interpretarse desde una perspectiva constitucional. Abundante jurisprudencia de la Sala II, IV y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que una relación de alterne puede desembocar en una relación laboral, distinguiendo entre cuenta propia y ajena y**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**concluyendo sólo la explotación de la prostitución por cuenta ajena es una relación laboral no permitida Por tanto , las actividades que se desarrollen en un club de alterne constituye una relación laboral por lo que el empresario debe dar de alta en la Seguridad Social a sus trabajadoras. En el relato de hechos probados nada se dice sobre que se ejerciera la actividad de prostitución.**

- 1. En el segundo motivo del recurso, al amparo del *artículo 849.1 de la LECrim* se denuncia la aplicación indebida del *artículo 311 .2º del Código Penal* . Se alega que aunque se admitiera que las 38 mujeres no estuvieran dadas de alta en la Seguridad Social, la conducta no sería subsumible en el precepto citado ya que no es posible dar de alta a esas mujeres para el ejercicio de la prostitución, citando, al efecto, numerosa jurisprudencia de la Sala IV de este Tribunal Supremo en la que se ha establecido la doctrina de que no cabe reconocer la existencia de relación laboral para la actividad de alterne cuando lleva aparejada el ejercicio de la prostitución.

2. Dado que el cauce casacional elegido es el de la infracción de ley del *artículo 849.1 de la LECrim* es obligado el escrupuloso respeto al relato histórico de la sentencia, según doctrina jurisprudencial reiterada de la que es reflejo la *STS 799/2017, de 11 de diciembre* , entre otras muchas.

"[...] La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado [...]" .

La desatención de este presupuesto nos pone en el camino de desestimar el motivo. En el relato fáctico de la sentencia aun cuando se afirma inicialmente que el club ModelŽs estaba dedicado a la actividad de "alterne y prostitución", también afirma en relación con las mujeres que fueron identificadas y de las que se afirma que no estaban dadas de alta en la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Seguridad Social, se declara que "se encontraban como camareras de alterne, captadoras de clientes para las distintas actividades de la empresa" y en la fundamentación jurídica se insiste en que las mujeres "llevaban a efecto una actividad de alterne".

La sentencia de instancia no ha afirmado con rotundidad que las señoritas que prestaban servicios se dedicaran singularmente a la prostitución y, mucho menos, que lo hicieran por cuenta ajena. Ese el hecho del que debemos partir para dar respuesta al motivo que se nos plantea.

3. El artículo 311 .2 sanciona penalmente a quien dé ocupación simultánea a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta al régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo. No cabe duda que en este caso la actividad desarrollada tiene connotaciones singulares, que han dado lugar a cuestionar si se trata de una actividad lícita y si puede dar lugar a una relación laboral.

Este dilema se ha planteado en muchas otras ocasiones anteriores y la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo se mantiene constante. De un lado, se define la actividad de alterne como aquélla consistente en la captación y entretenimiento de clientes, induciéndose a realizar consumiciones y obteniendo por ello una contraprestación de las propias consumiciones. La actividad será de prostitución cuando además de esa actividad de alterne se lleve a cabo el ejercicio de la prostitución. Desde la perspectiva de la jurisdicción social en el primer caso no cabe duda que es factible la existencia de una relación laboral, si se dan las notas que caracterizan dicha relación (dependencia y ajenidad) y en el segundo caso no cabe la existencia de relación laboral por ilicitud de la causa, conforme a los *artículos 1.271. 1.275 y concordantes de la LECrim* .

En efecto, la Sala IV de este alto tribunal ha señalado "[...]el hecho de concertar entre las partes una actividad consistente en prestar servicios, mediante la permanencia en un determinado periodo de tiempo en el local, sometida a horario para la captación de clientes, al objeto de consumir bebidas, evidencia una actividad en la que concurren las notas tipificadoras de toda relación laboral, cuales son la prestación de servicios por cuenta



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada; llegando a precisar que la relación que mantienen las señoritas de alterne con el titular del establecimiento donde desempeñan su cometido es de naturaleza laboral. [...]" ( *SSTS. 1390/2004 de 22 de noviembre y 1084/2016, de 21 de diciembre y 1.099/2016, de 21 de diciembre* ).

#### 4. En la jurisdicción penal este problema tiene otros matices.

Ha habido una tendencia jurisprudencial a ampliar el marco de la protección penal a las relaciones concernientes a personas que estén en situación de desprotección por más que no tuvieran las condiciones exigibles legalmente para intervenir en un contrato de trabajo. Es el caso de los inmigrantes clandestinos o el caso de determinadas actividades cuya licitud puede ser cuestionada, como las que se desarrollan en los locales de alterne. En muchos casos estas personas son sometidas a condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana y manifiestamente abusivas, y no es razonable excluirlas de la protección penal.

Por esa razón y en relación con el *artículo 312.2 del Código Penal* hay abundantes precedentes en que al empresario que en su establecimiento desarrolla actividades de prostitución en condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana, desconociendo los derechos laborales de las personas explotadas, comete no sólo el delito que corresponda por la explotación de la prostitución sino también un delito contra los derechos de los trabajadores, por más que éstos no tengan las condiciones necesarias para ser sujetos de una relación laboral.

Citaremos por su expresividad la *STS 208/2010, de 18 de marzo* en la que se recuerda (con cita de la *STS 372/2005, de 17 de marzo* ) que "[...] la conducta que describe el *art. 312.2, sanciona la explotación laboral, en cualquier actividad al contratar a trabajadores extranjeros, que no cuentan con permiso de trabajo, y además, para ser distinguido este comportamiento de la sanción administrativa, la ley penal* anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo. No importa que la clase de trabajo llevado a cabo haya sido la prostitución[...]"





FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

En la *sentencia de esta Sala núm. 995/2000, de 30 de junio* vino a señalar en relación a la contratación de los inmigrantes ilegales, que su interpretación debe efectuarse desde una perspectiva constitucional (no olvidando la afirmación con que se inicia la *Constitución, que en su art. 1* califica el Estado de "social"), en la medida que el llamado derecho penal laboral, del que el tipo que se comenta es elemento central, sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores.

Más recientemente la *STS 425/2009, de 14 de abril*, señaló que "[...] la jurisprudencia interpretativa del *artículo 312 del Código Penal*, siempre ha incluido en su contenido, al empleador que atenta contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores, independientemente de que estos sean legales o ilegales. Lo valorable, a efectos punitivos, son las condiciones de trabajo impuestas. Siempre se ha considerado que comprende a todas aquellas personas que presten servicios remunerados por cuenta ajena, entre las que se deben incluir, según *sentencia de esta Sala, de 18 de Julio de 2003*, las conocidas como chicas de alterne[...]" (en igual sentido *SSTS 995/2000*, *438/2004*, *221/2005*, *372/2005*, *1360/2009*, *308/2010*, *503/2010*, *160/211* y *378/211*).

En la sentencia que acabamos de citar, con abundante cita de precedentes tanto de las Sala II y IV del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se insiste en que la actividad de "alterne" puede dar lugar a una relación laboral y distingue entre la prostitución ejercida por cuenta propia y la ejercida por cuenta ajena, haciendo referencia a una lejana *sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 27/11/2004* en la que se afirmaba que únicamente "la explotación de la prostitución por cuenta ajena es una relación laboral no permitida por nuestro ordenamiento".

5. Partiendo de estas consideraciones iniciales no ofrece duda alguna que las actividades que se desarrollan en un club de alterne, según la doctrina jurisprudencial que acabamos de reseñar, constituyen una relación laboral



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

por la que el empleador viene obligado a dar de alta en la Seguridad Social a sus trabajadoras. El incumplimiento de este deber en las proporciones establecidas en el *artículo 311 .2 CP* constituye delito, tal y como acontece en este supuesto. En los hechos probados no se declara que en el local investigado se ejerciera la prostitución ni por cuenta propia ni ajena por lo que las señoritas que prestaban servicios en ese local en actividad de "alterne" estaban vinculadas por la empresa por una relación laboral que obligaba a su alta en la Seguridad Social.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

## **V. PRUEBA**

### **PRUEBA DEL DELITO DE INMIGRACIÓN ILEGAL**

#### **A.DECLARACIÓN DEL ACUSADO**

Tribunal Superior de Justicia

**1.STSJ de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, nº 18/2019, de 8 de abril**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**Versión ilógica de los acusados. Que los inmigrantes se habían colado en el cayuco.**

La Sala de instancia se pronunció también sobre la prueba de descargo que vino constituida por la declaración exculpatoria de los acusados, quienes negaron todos los hechos y su participación en el traslado irregular de los inmigrantes. La Audiencia no otorgó credibilidad a aquellas manifestaciones de los recurrentes porque, además de que habían sido reconocidos por los testigos protegidos mencionados pese a su negación de la participación en los hechos, todos vinieron a declarar, excepto Hugo que afirmó haber pagado por el viaje pero sin acreditación ni prueba de ello, un hecho insólito y es que no habían pagado nada por el viaje y que habían logrado colarse en el cayuco. La Sala de instancia entiende que tales manifestaciones no son coherentes, y a nuestro juicio resultan inverosímiles, cuando las máximas de experiencia han puesto de manifiesto que este tipo de travesías tienen un alto precio para los inmigrantes y están fuertemente controladas en el lugar de origen por quienes las favorecen; por otra parte, además de que se encontró el paquete de kleenex al que antes nos referíamos en poder del acusado Lázaro, reconocido como una de las personas que portaba uno de los dos GPS, tampoco pudieron dar los recurrentes una explicación razonable de porque sabían que iba a salir el cayuco desde las costas de Gambia, cuando ninguno de ellos era residente del lugar ni del país de salida de la embarcación, dado que todos ellos eran de Senegal, tal y como así declararon.

Consideramos, por tanto, que el Tribunal de instancia ha dispuesto de una prueba legal y legítimamente obtenida, practicada con respeto al principio de oralidad, contradicción y de inmediación, y que la referida prueba plural, suficiente y de cargo permite desvirtuar la presunción de inocencia

Audiencia Provincial

**1.SAP de Cádiz, secc.6ª, nº 58/2019, de 28 de junio**

**El acusado reconoce que su destino era conducir la embarcación a la península y que lo hizo por dinero.**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Remuneración de la actividad llevada a cabo por Severino al menos : el que el Sr. Severino se dispusiera a transportar a los que se ha probado que eran extranjeros a la Península de manera remunerada, sin poder entrar en mayores especificaciones, se acredita por sus propias manifestaciones en el juicio oral. El carácter evidentemente incriminador de ello dentro del contexto de la acusación que se formuló contra el mismo hacen que deba dotársele de plena credibilidad.

...

Objetivo último de Sixto al hacer la singladura : el que Sr. Sixto pretendiera llegar en todo caso a la Península es sencillo de tener por acreditado. En el juicio oral sostuvo que ese era su único objetivo. Al igual que antes, podría ponerse en tela de juicio por poder tratarse de un mero argumento exculpativo. Sin embargo, dudar de ello no tiene sentido alguno. Más allá de la colaboración que pudiera haber tenido con el otro acusado o terceras personas, sobre lo que luego se volverá, lo que sería ilógico ante la condena por sentencia firme y la propia dinámica de los hechos enjuiciados es que hiciera la singladura hasta allí y retornara a Ceuta o a Marruecos.

## **2.SAP de Málaga, secc.7ª, nº 21/2019, de 25 de marzo**

En segundo lugar, el silencio nada añade, sin que, en el caso de autos, el mismo por si solo tenga eficacia bastante para deducir un fin delictivo.

## **B. TESTIFICAL. ATESTADO Y PERICIAL MÉDICA.ART.318 BIS**

### **B.1.TESTIFICAL DEL INMIGRANTE**

Tribunal Supremo

### **1.ATS nº 466/2019, de 21 de marzo**

**Declaración de los inmigrantes sin motivos espureos y mantenida en el tiempo relatando como fueron introducidos en España ocultos en**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**el habitáculo de un vehículo cuya matrícula facilitan. Se comprueba que en el vehículo existe tal habitáculo.**

También valoró la testifical de los inmigrantes introducidos subrepticamente en territorio español, en especial la declaración preconstituida de Juan Miguel,... (incorporada al acto del juicio conforme a lo dispuesto en el *art. 730 de la LECrim...* reunían las garantías de certeza necesarias para considerar verídicos sus testimonios, no apreciando móviles de incredibilidad subjetiva, y considerando que las manifestaciones se han mantenido firmes a lo largo del procedimiento, y han sido corroboradas por datos objetivos...

Considera la Sala que de la totalidad de la prueba expuesta quedaron acreditados unos hechos base y de los mismos deduce conforme a la lógica que Jesús Carlos, Juan Antonio y Juan Miguel fueron ocultados en los habitáculos del vehículo matrícula R-....-FT en Marruecos, para de este modo ser introducidos subrepticamente en Melilla a fin de burlar el control fronterizo y poder acceder a territorio español pese a carecer de documentación administrativa habilitante para ello. En efecto, en el vehículo matrícula R-....-FT se descubrieron dos habitáculos ocultos en el salpicadero y bajo los asientos traseros aptos para esconder a personas, el vehículo pasó la frontera procedente de Marruecos a las 23:44 horas y fue descubierto abandonado en la calle a las 1:30 horas, del cual se observó que salían tres súbditos subsaharianos descalzos en ropa interior, localizando la policía local en las proximidades del lugar instantes después a Jesús Carlos, Juan Antonio y Juan Miguel, descalzos, en ropa interior y desorientados, quienes reconocen haber sido introducidos subrepticamente en territorio español en un vehículo, uno de ellos en el hueco del salpicadero, y los otros en otro bajo los asientos traseros, reconociendo Juan Miguel como propio un mechero encontrado por la policía en el vehículo antes citado.

Tribunal Superior de Justicia

**1.STSJ de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, nº 18/2019, de 8 de abril**

**El testimonio de los testigos ha sido claro y firme, en una versión**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**prácticamente idéntica. Relatan como había cuatro personas encargadas de la navegación del cayuco. Dos como capitanes y dos como encargados de los GPs que los auxiliaban a posicionarse en el mar. Hay un claro y contundente reconocimiento de los acusados por parte de los testigos en diligencia de reconocimiento . No hay móviles espureos. No los conocían antes de los hechos,**

El testimonio de los testigos protegidos que fue escuchado en el plenario mediante su reproducción, ha quedado reforzado por las otras pruebas mencionadas y se erige así en prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. La audición por esta Sala de la grabación del juicio y de los CDs donde se contienen aquellos testimonios nos permite afirmar que aquellas declaraciones fueron claras, firmes y contestes; que los testigos mantuvieron una versión prácticamente idéntica de los hechos, de las circunstancias y duración del viaje, de la insuficiencia de la comida a bordo, de la ausencia de chalecos salvavidas (afirmaron que sólo una o dos personas los llevaban) y de que en el barco hubieron de achicar agua; su testimonio y su credibilidad se vio reforzada, además, por la previa identificación de las cuatro personas encargadas de la navegación del cayuco, dos de ellas como capitanes del mismo y de sus timones y dos encargadas de los dos GPS que les auxiliaban en su posicionamiento en el mar y en la guía del recorrido. Tal reconocimiento no sólo se expresó por los testigos en la declaración judicial preconstituida, sino que, además, había sido practicado como diligencia judicial independiente de aquella, tal y como consta a los folios 185 a 192 y 193 a 200 de las actuaciones, constando un claro y contundente reconocimiento, sin ningún género de duda, de los cuatro acusados por tres de los testigos protegidos, y de dos de ellos por el testigo protegido n.º 4. En tales manifestaciones y reconocimientos de los testigos no se acreditan móviles espurios que les llevaran a falsear sus declaraciones y reconocimiento de los acusados, cuando, además, no se demuestra un conocimiento previo entre los mismos que pudiera haberlos concertado a preparar una declaración similar, ni un conocimiento anterior de los acusados.

## B.2. TESTIFICAL DE POLICIA O GUARDIA CIVIL



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Tribunal Supremo

**1.ATS nº 466/2019, de 21 de marzo**

La Sala de instancia valoró la testifical de los agentes policiales que procedieron al control y posterior registro del vehículo así como a la localización de los súbditos subsaharianos que viajaron ocultos en su interior...

Audiencia Provincial

**1.SAP de Cádiz, secc.6ª, nº 58/2019, de 28 de junio**

**La declaración de los dos miembros de guardia civil dejan claro el viaje por mar de los dos acusados y la interceptación policial, día, hora y lugar del abordaje por miembros de guardia civil, número de personas que acompañaban a los acusados ( confirmado por ocupantes de la embarcación), que el acusado conducía la embarcación (aunque en los videos no se ve), viento y estado de la mar durante la navegación, ausencia de elementos de seguridad, uso de chalecos salvavidas por los extranjeros y rebasamiento de la línea de flotación por el agua.**

Realización de una travesía por mar de los dos acusados e intervención policial: las manifestaciones tanto de los dos acusados como los dos funcionarios de la Guardia Civil que declararon como testigos tenían el mismo eje: los dos primeros viajaban en una embarcación junto con otras personas cuando fue abor da por los segundos. Ante tal coincidencia y la diferente situación procesal de unos y otros poner en duda tal circunstancia carecería de sentido.

b) Día y hora aproximada en el que se produjo el abordaje por miembros de la Guardia Civil : el que la intervención policial tuviera lugar el 03/09/2018 alrededor de las 14:00 horas fue puesto de manifiesto expresamente por los dos miembros de la Guardia Civil que intervinieron como testigos en la primera respuesta que ofrecieron al Ministerio Fiscal, que comenzó sus interrogatorios situándolos en dichas coordenadas temporales. Ante el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

carácter aséptico de ello no existiría razón alguna para cuestionar el acierto en tales afirmaciones, que, por otra parte, fueron corroboradas en lo que toca a la fecha por ambos acusados.

c) Número de personas que acompañaban a los acusados en la embarcación : las cuatro personas que declararon en el juicio oral partieron de que los acompañaban una pluralidad de personas. El funcionario de la Guardia Civil con número de identificación profesional NUM007 sostuvo que viajaban en la embarcación once personas. El acusado Sixto ofreció el mismo dato. La coincidencia de estos dos últimos, con la corroboración genérica de los otros dos, hace que ninguna razón exista para no tenerlo por probado.

d) Lugar en el que se produjo el abordaje de la Guardia Civil : los dos testigos sostuvieron en sus interrogatorios que se produjo a una milla al norte de Punta Almina, que es un accidente geográfico que se sitúa en el extremo este de la pequeña península en la que se encuentra la ciudad de Ceuta. Tampoco existe motivo alguno por el que no deba entenderse acreditado tal extremo, sobre todo cuando no puede ser más coherente con dónde describieron que les habían comunicado que se había producido el embarque de lo que se apuntaban que podían ser inmigrantes, que es una cala situada al sur de aquélla y el lugar al que se encaminaban los acusados, sobre lo que se incidirá a continuación

...

l) Manejo de la embarcación por Sixto , prolongación de ello y si colaboró de una u otra forma con el otro acusado o con otras personas indeterminadas para que los demás súbditos foráneos consiguieran su objetivo de llegar a la Península : los dos testigos que depusieron manifestaron claramente que vieron al Sr. Sixto al timón de la embarcación. Ninguna razón puede apreciarse que nublara su objetividad ni existen motivos para pensar que no pudieran guardar un recuerdo claro de ello o que lo confundieran con otro de los que pudiera acompañar a los dos acusados, de ahí que se tenga que considerar probado, por mucho que en los dos videos que se reprodujeron, no impugnados en aspecto alguno y bastante breves, no se le observara a los mandos de aquélla. Otra cosa es cuándo se habría hecho con ellos y a qué respondería. No se cuenta en realidad información alguna sobre qué ocurrió antes de interceptarla la Guardia Civil, salvo lo dicho sobre el punto de salida en la costa de Ceuta. De lo que ocurrió poco antes del





FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

abordaje sólo pudieron precisar que fue muy rápido, puntualizando el de número de identificación profesional NUM007 que tuvieron perfecta visión de quien la dirigía durante 30 segundos o 1 minuto. Si a esa escasez de elementos de convicción unimos el objetivo último que se ha acreditado que tenía el Sr. Sixto y su imposibilidad de acceder a territorio nacional es imposible tener por acreditado, ni siquiera por la vía de presunciones, que hubiera alcanzado algún acuerdo o colaborado de cualquier otra forma para que el resto de extranjeros alcanzaran la Península. Son múltiples las hipótesis alternativas que se presentan a este Tribunal y, entre ellas, como más evidentes, que simplemente cogiera el timón por mero disfrute personal, lo que no es nada extraño, dado que se trata de una actividad lúdica bastante demandada, o simplemente para mantener el rumbo mientras que el otro acusado realizaba cualquier actuación que pudiera ser requerida o atendía a necesidades vitales propias.

...

n) Carencia de los elementos de seguridad obligatorios para la navegación y de las luces de señalización : de ninguna actuación que pueda considerarse una auténtica prueba pueden extraerse el primero de dichos aspectos, al menos así formulado genéricamente. El funcionario de la Guardia Civil con número de identificación profesional NUM007 destacó, sin que exista razón alguna para dudar de ello, que la embarcación carecía de luces de navegación, más allá de la importancia que pudiera tener al hacerse la travesía en pleno día y en unas fechas con muchas horas de luz aún por delante.

ñ) Viento y estado de la mar durante la navegación : el funcionario de la Guardia Civil con número de identificación profesional NUM006 sostuvo que había mal tiempo y ello supondría olas de entre 1,5 y 2 metros, añadiendo de una forma no mucho más clara, que podría calificarse de marejada o fuerte marejada. El de número de identificación profesional NUM007 indicó, por su parte, que había mala mar y que el dato que la representante del Ministerio Fiscal sobre que en el atestado se hizo constar viento de fuerza 5 o 6 se habría obtenido de " ...Tarifa tráfico... ". Como se ha razonado antes, no existen motivos para entender que su objetividad pudiera estar nublada. La manifestación en sede de instrucción de Sixto sobre que " ...La embarcación no iba muy bien, salvo al principio... " lo corrobora en cierto sentido. Se le puso de relieve en el juicio oral en aplicación del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al contradecirse con ella en dicho acto cuando



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

mantuvo que no sabía si iba bien o mal porque era la primera vez que se montaba en ella. Atribuirle credibilidad a lo indicado en esa primera ocasión encuentra justificación tanto en el neto contenido incriminatorio que es evidente que tendría a la luz de la acusación del Ministerio Fiscal, la proximidad en el tiempo de los hechos y el que ofreciera como explicación para justificarlo que él no había dicho eso. Ahora bien, se trata de afirmaciones todas que tienen que situarse en un contexto adecuado. Las grabaciones de visionada por el Tribunal en el plenario no puede descartarse, cuando menos, que se trata de un pasaje de la singladura que estamos examinando. Antes al contrario, por las imágenes que aparecen de una embarcación en ella, sus ocupantes, zona de la costa y hora aproximada, más bien podría apuntarse con poco temor a equivocarse que se trata de la misma. En ellas ni se aprecia que sople un viento extraordinario por encima de lo que la propia velocidad de la navegación producía ni las condiciones del oleaje resultan especialmente llamativas. Por lo demás, cualquier travesía en ese tipo de buque, aunque pueda resultar excitante a primera vista y placentera a ratos, siempre es incómoda cuando se prolonga cierto tiempo a velocidades relativamente elevadas. Las manifestaciones de los testigos en este punto no es que las cuestione este Tribunal en cuanto a su verosimilitud, pero sí parece o cabe la duda de que quepa apreciar de que pudieran resultar un tanto exageradas, quizás condicionadas por lo que se hubiera indicado en el atestado al respecto, que, no fue redactado por ellos.

o) Uso de los chalecos salvavidas por los extranjeros que acompañaban a los acusados y las características de los mismos : los dos testigos afirmaron que no todos los súbditos foráneos llevaban este tipo de protección. No existen motivos para negarle credibilidad en este aspecto. Cuestión distinta es que hubiera para todos ellos y simplemente no los utilizaran. Es por ello mismo que lo indicado al declarar como investigado Sixto sobre que " ...la gente no llevaba chaleco salvavidas... ", lo que se le confrontó de nuevo en aplicación del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al sostener en el juicio oral que no vio si los otros disponían de él, por más que no diera explicación alguna a esa contradicción, no tiene mayor relevancia en la forma tan genérica que se transcribió. Sobre sus condiciones no se puede alcanzar una idea tan clara como lo mantenido por el Ministerio Fiscal sobre que alguno no estaban homologados y otros eran de " fabricación casera ". El funcionario con número de identificación profesional NUM007 dijo que, así era, pero en este punto se expresó de manera bastante vacilante, repitiendo de una manera



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

demasiado poco espontánea lo que al respecto se indicaba en el atestado. El de número de identificación profesional NUM006 lo que simplemente vino a exteriorizar fue que no estaba muy bien dotada la embarcación a ese respecto, siendo variado el tipo de chalecos sin muchas más precisiones.

p) Rebasamiento de la línea de flotación por el mar durante la navegación en varias ocasiones : se trata de un extremo sobre el que no puede alcanzarse una convicción mínimamente formada ni suficientemente explícita ni partiendo de la declaración de los dos funcionarios de la Guardia Civil. Otra cosa es el dato de que ambos pusieran el acento en que pudiera estar muy sobrecargada o hundida por el número de personas que viajaban en ella y que navegara muy " ...aprodada... " porque muchas de ellas estuviera dentro de la zona cabinada de proa, como indicó el de número de identificación profesional NUM006 . La apreciación en sí dicho fenómeno es más que coherente y debe darse por probada, dadas las lógicas explicaciones que ofrecieron, pero el calificativo que merezca su intensidad es más que discutible de nuevo a la vista de las grabaciones. En ellas se aprecia una embarcación a una alta velocidad, circunstancia en la que ello habría de acentuarse, haciéndose ostensiblemente visible, lo que no ocurre.

### B.3.BIS.PERICIAL MEDICA

Tribunal Supremo

#### **1.ATS nº 466/2019, de 21 de marzo**

Por último, también valora los informes emitidos por los médicos forenses ( entrada en vehículo)

### H. OTRASPRUEBAS

Tribunal Supremo

#### **1.STS nº 135/2019, de 12 de marzo**

**Cámaras de una base militar graban a dos personas extrayendo de un vehículo a otra de raza negra la que le hacen señas para que se aleje hacia los arbustos. La base facilita los datos del vehículo a la**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Guardia Civil que interceptan el vehículo cuando sale por la frontera por Marruecos. Detienen al conductor y encuentran en el vehículo un depósito habilitado para trasladar personas. El conductor detenido, guarda un cierto parecido con quien aparece como copiloto en la grabación de la base militar ayudando a salir a los inmigrantes pero no se da por probado que sea él. No obstante no es preciso probar que el acusado participara en la extracción de los inmigrantes una vez que alcanzan territorio español. Basta con que se pruebe como se ha hecho que intervino en su traslado por la frontera. Para ello se parten de los siguientes indicios. El acusado es el propietario del vehículo. El mismo tiene un habitáculo apto para trasladar inmigrantes. El acusado lo tiene que conocer necesariamente ya que el habitáculo se ha construido a costa de reducir el depósito de gasolina con lo que el coche tiene que repostar constantemente. Las cámaras de Guardia Civil de la frontera graban claramente como el acusado conduce sólo el vehículo doce minutos antes de la grabación de la instalación militar en que dos personas extraen a un inmigrante de dicho vehículo con lo que cabe deducir que el inmigrante estaba ya alojado en el coche y media hora después de dichos hechos el acusado conduce de nuevo solo su vehículo para salir de Melilla, momento en que es detenido.

Desde esta perspectiva se deniega correctamente por la Sala

-Que comparezca el guardia civil que descubre el habitáculo. Nadie discute que en el mismo no había nadie. El acusado reconoce y lo confirman las grabaciones que es él acusado quien conduce en ese momento.

-Que comparezcan quien controla la vigilancia del establecimiento : la defensa entiende vulnerada la STS nº 409/2014 que declara la nulidad de las grabaciones de la cámara de seguridad al no comparecer el guardia civil que las manejaba. Pero en este caso son cámaras fijas que en algún momento pudieron orientarse a donde se producía la escena. Innecesariedad de que comparezcan los improvisados operadores ya que no hay indicios de alteración, nada van a aportar a lo ya grabado. Tampoco se dio por probado que el acusado fuera quien sacó a los inmigrantes del vehículo.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

A las 17,35 horas, en el puesto fronterizo de Beni-Enzar, el acusado, cuando conducía el turismo de su propiedad matrícula ....-u-...., con destino a Marruecos, es detenido por agentes de la Guardia Civil, que habían sido previamente advertidos de las características y matrícula del vehículo grabados por las cámaras de seguridad de la base militar y de los hechos visionados.

Practicado el oportuno registro del vehículo se descubre un habitáculo en el espacio existente entre los asientos traseros y el maletero, destinado al depósito del combustible y construido mediante la supresión de la placa que separa el depósito de los asientos y la retirada del depósito, dando lugar a un compartimiento oculto con unas dimensiones aproximadas de 130 centímetros de largo, por 40 de ancho y de alto. A fin de suplir la falta de depósito de combustible de vehículo, se fabricó un depósito auxiliar debajo de la aleta derecha del coche, comunicado con un manguito al motor del vehículo, a través del cual se llenaba el depósito de combustible. El depósito auxiliar tenía una cabida aproximada de tres a cinco litros.

La persona que ocupa la plaza de copiloto en el recorrido efectuado por el vehículo en la pista de carros y el acusado tienen el corte de pelo similar y una corpulencia física semejante.

Sobre las a las 17,35 horas en el Centro Temporal de Inmigrantes tuvo lugar el ingreso por su propio pie de una persona llamada Ambrosio, nacida en Guinea Konatry, que coincide en complexión física y vestimenta con la persona extraída de la parte trasera del vehículo precitado. Ambrosio declaró que había sido introducido en Melilla escondido en los asientos traseros, lugar en el cual permaneció aproximadamente una hora y fue sacado del mismo en una zona muy próxima al aeropuerto de Melilla. Así mismo manifestó que en el interior del vehículo durante el trayecto recorrido tuvo dificultades para respirar. Ambrosio carece de la documentación administrativa habilitante para desplazarse y residir en España.

...

En lo que concierne a la declaración del agente de la Guardia Civil de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

servicio en el puesto fronterizo de Farhana, el día 1 de junio de 2017, entre las 16:30 y las 17.00 horas, en el carril de acceso a España, la defensa del acusado estima que era una diligencia de prueba necesaria para constatar que al abrir el capot del coche no se apreciaba ningún signo externo de que pudiera haber una persona en su interior. Se pretende dar así a entender que el recurrente no tenía forma de percibir a simple vista que iba una persona oculta dentro del vehículo que conducía.

El argumento de la parte carece de toda base razonable para sustentar la necesidad de esa prueba. Una vez que se aprecia perfectamente -dada la calidad de la imagen- en la grabación efectuada con la cámara del paso fronterizo que el acusado era la persona que conducía el vehículo Mercedes de su propiedad, circunstancia que el propio recurrente reconoce, el hecho de que el agente no percibiera a nadie en el maletero no se pone en cuestión. Sin embargo, ello de por sí tampoco genera dudas sobre el conocimiento real del acusado, toda vez que el vehículo es de su propiedad y estaba claramente alterado en su depósito de gasolina para poder ocultar una persona, por haber sido adaptado para ello, consiguiendo habilitar un compartimento de 130 centímetros de largo por 40 de ancho. Eso sí, a costa de suprimir el depósito de gasolina original por otro que solo disponía de una capacidad de entre 3 o 5 litros, lo que cercenaba de plano la utilidad del vehículo, circunstancia que tenía que conocer necesariamente el dueño del coche, que era además quien lo pilotaba.

Siendo así, y tal como razona la Sala de apelación, la declaración de ese primer testigo era innecesaria para el resultado probatorio del proceso.

Y otro tanto debe decirse, siguiendo también el criterio del Tribunal Superior de Justicia, de la declaración del segundo testigo: el agente de la Guardia Civil de servicio en el Centro Operativo de Comunicaciones de la Guardia Civil de Melilla, que prestaba servicio el pasado día 1 de junio de 2017, sobre las 17:25 horas, y que procedió a dar aviso telefónico a los agentes con TIP NUM001 e NUM002.

...

Sin embargo, las cámaras de la referida base militar que controlan el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

perímetro del recinto son fijas. Y en la hipótesis -señalada por la defensa- de que algún militar de forma excepcional las estuviera dirigiendo manualmente hacia un objetivo concreto o manejando el zoom con el fin de verificar quiénes eran los sujetos que estaban extrayendo del vehículo al inmigrante de color que se ocultaba en su interior, tampoco sería necesaria la prueba, habida cuenta que el Tribunal sentenciador no ha declarado probado que uno de los dos sujetos que estaban realizando esa operación fuera el acusado, a pesar de que en la imagen que se aprecia que se le parece. Tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal de apelación consideraron que era suficiente para enervar la presunción de inocencia y condenar al acusado el hecho de que éste hubiera transportado al inmigrante a sabiendas en el interior de su vehículo al cruzar el puesto fronterizo.

...

2. En la STS 409/2014, de 21 de mayo, que se cita reiteradamente en el recurso, se trataba de una prueba obtenida mediante la grabación de una cámara de seguridad del perímetro exterior del Centro Penitenciario de Melilla, en la que se observa cómo un individuo joven lanza un paquete al interior de la citada prisión, no es prueba válida. El Tribunal de instancia había negado validez a la prueba porque no se había introducido correctamente en el plenario, al no haber intervenido como testigos los agentes de policía que el día de los hechos prestaban servicio de vigilancia en dicho centro y controlaban la cámara de seguridad que grabó las imágenes. Y la Sala de casación anuló la sentencia recurrida por entender que no se habían vulnerado derechos fundamentales ni tampoco la legislación ordinaria.

...

3. En el caso que ahora se juzga las cámaras de seguridad grababan el perímetro exterior del Acuartelamiento Alfonso XIII de Melilla. Por lo tanto, estaban recogiendo imágenes de los lugares públicos que rodeaban la base militar y se trataba de cámaras fijas o automáticas. Es posible que, como señala la parte recurrente, en algún momento las orientaran o manejaran alguno de los vigilantes del servicio de seguridad del Acuartelamiento, y que por tanto enfocaran alguna de ellas hacia la zona donde se detuvo el vehículo propiedad del acusado, sin embargo, ello no quiere decir que fuera



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

imprescindible que comparecieran a deponer esos vigilantes del perímetro del edificio militar, toda vez que ni hay indicio alguno de que lo grabado hubiera sido alterado o manipulado, ni tampoco los improvisados operadores iban aportar más datos que los recogidos en las grabaciones. Máxime cuando el Tribunal sentenciador no declaró probado que consiguiera identificarse con garantías de certeza que el acusado fuera una de las dos personas que extrajeron al inmigrante clandestino del interior del turismo.

...

Y así, argumenta la Sala de apelación que concurre una prueba indiciaria contundente sobre la intervención consciente en el paso de la frontera de dicha persona, que constituye el hecho típico del delito por el que ha sido condenado.

Y destaca, en primer lugar, que el vehículo es propiedad del acusado y presenta una alteración que lo hace útil para el traslado clandestino de pasajeros, en circunstancias que determinan que el conductor ha de ser consciente de dicha alteración, pues aunque no sea perceptible a simple vista, obliga al repostaje continuo de carburante, al haberse sustituido el depósito regular del vehículo por un depósito con capacidad para tres o cinco litros.

Incide la Sala de apelación en que el acusado conducía solo el vehículo en el paso de la frontera de Melilla en torno a doce minutos antes del momento captado por las cámaras del acuartelamiento, en que dos individuos extraen de dicho vehículo a la persona alojada en él clandestinamente, pues el paso de la frontera se produce sobre las 16:45 y las escenas registradas tienen lugar a las 16:57. Ello evidencia que dicha persona estaba ya alojada en el vehículo cuando el acusado cruzó la frontera.

Media hora después de dichos hechos (a las 17:25, momento en el que es detenido) el acusado conduce de nuevo solo su vehículo para salir de Melilla, momento en que es detenido.

Por último, una persona de gran parecido con quien quedó registrado en las grabaciones como el que había sido transportado en el vehículo, y que ingresó en el Centro Temporal de Inmigrantes de Melilla en torno a las 17:35,





FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

declaró que había sido introducido en Melilla ese día en el interior de un vehículo, en un habitáculo como el hallado en el automóvil propiedad del acusado, que permaneció allí aproximadamente una hora, y que fue sacado del mismo en un lugar muy cercano al aeropuerto de Melilla (compatible por tanto con el lugar en que se produjo la escena grabada por las cámaras)

Estos datos objetivos albergan, en efecto, una solidez indiciaria de suma consistencia para poder concluir con gran naturalidad, fluidez y razonable logicidad que el acusado cruzó la frontera con su vehículo con pleno conocimiento y voluntad de que estaba introduciendo ilegal y clandestinamente en España a un ciudadano extranjero oculto en un habitáculo preparado *ad hoc* en una parte oculta del automóvil.

Una vez acreditado este extremo clave de la actuación delictiva, carece de relevancia el que fuera él mismo quien en compañía de un segundo sujeto realizara la operación de extraer al inmigrante del coche y ubicarlo en un descampado para que se desarrollara por su cuenta ya en su nueva situación, o que encomendara a otros dos sujetos colaboradores suyos que complementarían su labor en las inmediaciones del referido acuartelamiento.

Lo que, obviamente, no cabe asumir es que el acusado desconociera su protagonismo en el momento en que pasó la frontera entre ambos países portando en el vientre del coche al inmigrante que intentaba entrar en nuestro país. Cualquier otra hipótesis, como las que imaginativamente esgrimió el acusado, carece de la más mínima plausibilidad con arreglo a la lógica de lo razonable y las máximas más elementales de la experiencia, dada la forma en que consiguió ocultar al inmigrante y los escasos minutos transcurridos desde la entrada en España del acusado hasta que puso el pie en nuestro territorio el viajero clandestino.

Audiencia Provincial

**1.SAP de Cádiz, secc.6ª, nº 58/2019, de 28 de junio**

**La condición de inmigrantes irregulares de las personas que viajaban en la embarcación es una conclusión que tiene un enlace**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**preciso con las reglas del criterio humano atendidos su condición de extranjeros, el número y el tipo de singladura.**

k) Carencia de requisitos de las demás personas que acompañaban en la embarcación a los acusados para acceder a la Península: el que ninguna de ellas estuviera en una situación administrativa que les permitiera acceder al territorio nacional sólo podía acreditarse a tenor de las más que reducidas pruebas practicadas y al margen de la impresión que pudieran tener los testigos a través de una presunción. Recrearla en este caso ha sido muy sencillo. Se trata de una conclusión que tiene un enlace preciso y directo conforme a las reglas del criterio humano, utilizando la nomenclatura del artículo 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con una pluralidad de hechos que se han acreditado de manera directa, como son que todo ellos fueran extranjeros, su número, el medio empleado para realizar la singladura, que no se corresponde con una línea regular y la percepción de una remuneración por llevar a cabo el transporte, al menos por Severino.

**2.SAP de Cádiz, secc.6ª, nº 58/2019, de 28 de junio**

**El atestado refleja las características de la embarcación en la que viajan los acusados y la titularidad de la misma.**

Características de la embarcación en la que viajaban los acusados y titularidad de la misma : el nombre, marca, modelo, matrícula, eslora, manga, carga máxima y número máximo de pasajeros que estaban autorizados a viajar en la embarcación tantas veces referida se extrae del permiso de navegación y la hoja del Registro Marítimo Español que se adjuntó con el atestado, que se incluyeron dentro de la prueba documental y que se dieron por reproducidas en el juicio oral sin que fueran impugnados en aspecto alguno tampoco. La motorización de la misma se extrae de las fotografías aportadas junto con el atestado, que tienen el carácter de prueba documental, y que no ha sido impugnadas en aspecto alguno. El que su propietario fuera el acusado Severino se extrae del contrato privado de compraventa, que se unió también al mismo, fechado el día 13/08/2018 e igualmente incuestionado, en el que él aparece como comprador y como vendedor quien figuraba como titular de la misma en la hoja del registro mencionado.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

## PRUEBA DEL DELITO DE OCUPACIÓN DE TRABAJADORES

### A.CONDICIÓN DE EMPRESARIO O ADMINISTRADOR

Tribunal Supremo

#### 1.STS nº 162/2019, de 26 de marzo

**La documental acredita la responsabilidad de los acusados en la titularidad y dirección del negocio . Hay un poder del acusado como socio en favor del otro acusado con amplios poderes de gestión.**

La sentencia de instancia ... ponderó también la prueba documental acreditativa de la relación existente entre los dos acusados y su responsabilidad respectiva en la titularidad, dirección y desarrollo del negocio, destacándose la existencia de un poder general de Rodolfo, como socio y administrador de la mercantil propietaria del negocio, en favor de Samuel, con amplios poderes para la gestión completa del mismo.

#### 2.ATS nº 332/2019, de 7 de febrero

**La acusada era la administradora, tal y como se desprende de la información remitida por el Registro Mercantil**

El Tribunal dispuso de la testifical y la documental obrante en autos que permitió acreditar que en el tiempo de los hechos la acusada era la administradora única de la empresa, tal y como se desprende de la información remitida por el Registro Mercantil.

### B.CONDICIÓN DE TRABAJADORES

Tribunal Supremo



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

### 1.STS nº 162/2019, de 26 de marzo

**De la testifical del camarero, de los agentes de la Guardia Civil y del informe de la Inspección de Trabajo ratificado por sus autores se desprende que se trataba de un local de alterne en el que sus responsables se lucraban del trabajo de las chicas quienes, estimulaban a los clientes a consumir dentro del local y a que las invitaran a consumir con ellos, sirviéndose de la mayor o menor exhibición de sus atributos físicos y de su compañía. Esa actividad se realizaba en el ámbito de organización de los acusados, bajo su dependencia, con puesta a disposición de los medios necesarios (taquillas para cambio de ropa, bebidas, música etc.) y sin estar dadas de alta en la Seguridad Social. No es preciso que haya fotografías del local, libros, estadillos o anotaciones. En Derecho español no rige el principio de prueba tasada, sino que en función de la prueba disponible en cada caso se debe determinar si es suficiente para un pronunciamiento de condena. No es necesario acudir a la documental atendiendo a La solidez y fuerza convictiva de los testimonios dependerá en cada caso de su coherencia, de su precisión, de la credibilidad que se atribuya a los testigos . No se da crédito a los testigos de la defensa (camareros) por ser su testimonio confuso, contradictorio y condicionado por la relación de dependencia. También declararon chicas señalando que ejercían el alterne por cuenta propia.**

2. La sentencia de apelación ha estimado que es notoria la existencia de prueba de cargo suficiente. Se señala que no ofrece duda que en el local investigado había 38 mujeres que realizaban actividades de "alterne" con los clientes y que no estaban dadas de alta en la Seguridad en proporción superior al 50% de la plantilla. Para llegar a esta inferencia se ha considerado suficiente las actas de la inspección del día 5 de noviembre de 2015, llevada a cabo por la Inspección de Trabajo y por funcionarios de la Unidad Orgánica de Policía Judicial y ratificada en el juicio por los intervinientes en dicha inspección, así como por el trascendental testimonio del camarero Roberto.

Ciertamente la motivación de la sentencia de apelación, que es la que



**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**

**UNIDAD DE EXTRANJERÍA**

constituye objeto de nuestro recurso, es muy parca, pero la consideramos suficiente por cuanto debe completarse con el fundamento tercero de la sentencia de primera instancia, a cuyo contenido expresamente se remite.

Esta última sentencia es muy expresiva y detallada en la valoración de la prueba testifical. Roberto, camarero del local, manifestó que las mujeres trabajaban como prostitutas, que eran un reclamo para el local, que tenían taquillas en la parte trasera, que su horario era de 10 de la mañana hasta las 4:30 o 5:30 de la madrugada, según días y que a las chicas las conocía por su nombre de trabajo, no por el de pila; que las chicas entregaban tickets por las consumiciones y que el dueño del local era Rodolfo.

El agente de la Guardia Civil NUM070 confirmó buena parte de las anteriores afirmaciones indicando que el titular del establecimiento era Rodolfo y que Samuel era el encargado y fue con estas personas con la que se entendió en la inspección, habiendo participado en inspecciones anteriores. Afirmó que las señoritas iban vestidas con transparencias, con ropa corta y de forma distinta a las empleadas del local; estaban distribuidas por el establecimiento, se conocían entre ellas y conocían a los camareros; tenían taquillas con llave donde algunas guardaban su documentación mientras que otras la tenían en un hotel próximo en el que se alojaban; que había clientes que mantenían actitud de conversación íntima con la chica con la que estaban.

En parecidos términos se manifestó el agente de la Guardia Civil NUM071 que dijo haber entrevistado a varias chicas y que en el local se ejercía la prostitución y el alterne, precisando que sobre esta última actividad no tenía duda por la ropa que llevaban, por la forma con la que interactuaban con los clientes y por su relación de confianza con los camareros. También manifestó que las chicas tenían la documentación o en las taquillas o en la habitación del hotel y que era de dominio público que "ModelZs era el mayor puticlub de Asturias". También declaró de forma similar el Guardia Civil número NUM072.

La sentencia destaca el informe y acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ratificados a presencia judicial por la Inspectora y los dos Subinspectores que las confeccionaron y



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

realizaron la visita de comprobación. Estos funcionarios ratificaron los documentos, señalaron a las personas responsables, a quienes conocían de inspecciones previas, confirmando las apreciaciones de los anteriores testigos, como las relativas a vestimenta, sugestiva y provocadora, y los singulares horarios, hasta altas horas de la madrugada. Aportaron otros datos de interés como que todas las señoritas, salvo una, eran extranjeras y 22 de ellas residían en un hotel cercano. Destacaron también el emplazamiento del local a 10 Km de Oviedo, lo que no es habitual para una sala de fiestas, la clandestinidad de los clientes y la notoriedad del local, por ser el club de alterne más famoso de Oviedo

...

A instancias de la defensa comparecieron dos empleados (camareros) cuyo testimonio no mereció crédito por ser confuso, poco preciso y condicionado por la relación de dependencia y dos de las chicas identificadas quienes reconocieron que en local hicieron actividades de "alterne" pero por su propia cuenta, afirmación que tampoco mereció crédito al tribunal.

## 2.ATS nº 332/2019, de 7 de febrero

**Consta el acta de infracción remitida por la Inspección a Fiscalía. Las testificales del Inspector y Subinspector de Empleo, acerca de lo reflejado en el acta sobre actividad en la empresa, que las personas que se encontraban allí estaban trabajando, manejando maquinaria y materia prima, que echaron a correr cuando supieron que eran inspectores. La Directora Provincial de la TGSS ratificó el informe que indica la carencia de alta en la Seguridad Social de los 11 trabajadores reseñados de los 16 de plantilla.**

Consta el acta de infracción que fue remitida a la Fiscalía Provincial. Habiendo contado el Tribunal con las declaraciones en el plenario del Inspector de Trabajo y del Subinspector de Empleo y Seguridad Social, acerca de lo reflejado en el acta. Describieron que en el momento de la visita se estaba desarrollando actividad en la empresa, que las personas que allí se encontraban estaban trabajando, manejando maquinaria y materia prima y que echaron a correr cuando supieron que eran inspectores. Por su parte, la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Directora provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social ratificó el informe que indica la carencia de alta en la Seguridad Social de los 11 trabajadores reseñados en el relato de hechos probados. La plantilla conformada por 16 trabajadores, según informe de la Jefe de la Inspección Provincial de trabajo, estaba compuesta por 5 trabajadores más los 11 que fueron siendo dados de alta en las fechas indicadas en el relato de Hechos Probados.

Por otra parte el Tribunal también precisó que tal y como consta, el 28-8-2013, comparecieron en las oficinas de la Inspección Eduardo (marido de la propietaria) y D. Pablo Jesús en nombre de la empresa y "no dijeron que los trabajadores estuvieran al servicio de otra empresa" excusando la falta de alta "por problemas documentales de identificación". La defensa también alegó que tratándose del mes de agosto y como era costumbre en la empresa no existía actividad.

**La declaración del trabajador señalando que no estaba trabajando no es creíble visto el informe de la Inspección de Trabajo**

También se dispuso de las declaraciones del trabajador Jacobo, que dijo en el juicio que ese día se hallaba en las instalaciones pero que no estaba trabajando. El Tribunal no le otorgó credibilidad dado lo manifestado por el Inspector y Subinspector de trabajo, que vieron a todos realizando labores de trabajo y por el hecho acreditado de que fue dado de alta en el 29 de octubre de 2013. También declaró Lucas, quien reconoció que aquel día estaba trabajando para la empresa MODERN PUERTAS S.L.

Finalmente, el Tribunal precisó que no obra ningún dato en la causa que permita establecer que los once trabajadores en cuestión prestaban servicio para otras mercantiles.

Por todo lo anteriormente examinado, se considera acreditado que los hechos sucedieron de la forma narrada en el factum. La Sala no albergó duda



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

de que los trabajadores reseñados en el hecho probado, en el momento de la visita de la Inspección de Trabajo girada el 21 de agosto de 2013, se encontraban desarrollando de manera efectiva una actividad laboral para la empresa regentada por la acusada, sin haber sido dados de alta por la misma en la Seguridad Social.

## **VI.PENA APLICABLE**

### **B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS**

Tribunal Supremo

**1.STS nº 162/2019, de 26 de marzo**





FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

**Un parámetro razonable para graduar la pena es la entidad del delito determinado por el porcentaje de la plantilla no dada de alta en la Seguridad Social. En este caso supera el 50 por cien. No obstante, no hay razón alguna para que la pena de prisión se impongan en su mitad inferior y la multa se haya fijado en su límite máximo. La extensión de ambas penas debe ser coincidente, salvo que se justifique la diferencia, cosa que no se ha hecho.**

Se alude a que se ha impuesto la pena correspondiente al *artículo 311 .2 b) CP* en su mitad inferior pero no se ha justificado por qué motivo se ha fijado una pena de dos años y seis meses de prisión, cuando la mínima asignada a ese tipo penal es de seis meses de prisión. El reproche se centra en que el condenado carece de antecedentes penales o sanciones administrativas previas, que no se llevó a cabo ningún tipo de trato coactivo o limitativo de la libertad de los trabajadores, que el número de personas no dadas de alta en la Seguridad Social no fue muy elevado razón por la que no se comprende por qué se ha impuesto una pena que conlleva el necesario ingreso en prisión. También se censura la fijación de la pena de multa ya que la sentencia tampoco precisa la razón de su extensión (12 meses), limitándose a hacer una referencia genérica a los beneficios supuestamente obtenidos por la conducta ilícita sin concretarlos.

...

3. En el supuesto sometido a nuestro examen y ante la inexistencia de circunstancias atenuantes y agravantes se ha impuesto una pena de prisión dentro de la mitad inferior del tipo pero en una extensión próxima a su límite superior (2 años y 6 meses de prisión) y una pena de multa en su límite máximo (12 meses), tomando en consideración el número de mujeres no dadas de alta en la Seguridad Social (38).

En este caso la gravedad del delito, a los efectos de individualización de la pena, puede ponderarse en función del número de personas afectadas. En este caso era un centro de trabajo de menos de 100 personas y el número



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

de trabajadoras no dadas alta era elevado (38) y superaban el 50% de la plantilla total. En consecuencia, la pena ha sido fijada dentro de los límites establecidos por la ley y la individualización concreta se ha realizado de forma motivada y utilizando uno de los parámetros posibles de forma razonable, razón por la queja no puede ser estimada en lo relativo a la pena de prisión. Sin embargo, no hay razón para que esa pena se haya impuesto en su mitad inferior y, en cambio, la pena de multa se haya fijado en su límite máximo. La extensión de ambas penas debe ser coincidente, salvo que se justifique la diferencia, cosa que en este caso no se ha hecho. Por tal motivo la extensión de ambas penas debe ser coincidente, debiéndose fijar la pena de multa en OCHO MESES.

El motivo debe ser acogido parcialmente

### **3.STS nº 162/2019, de 26 de marzo**

**El nivel mínimo de la pena de multa debe quedar reservada para casos extremos de indigencia. En este caso, el penado tiene una actividad mercantil lucrativa lo que permite inferir una capacidad económica para hacer frente, incluso por plazos, al pago de la moderada multa.**

4. También se censura la falta de motivación en la fijación de la cuota de multa (10 euros/día).

...

generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto (2 &#8364;), a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo nuclearmente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el CP acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales, como señalaba la *sentencia de esta Sala de 7 de julio de 1999* .



**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**

**UNIDAD DE EXTRANJERÍA**

Ha de tenerse en cuenta que el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal, debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios, en que no concurren circunstancias extremas, resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, como sucede en el caso actual con la cuota diaria de 10 euros. Debe añadirse que los condenados eran personas dedicadas a una actividad mercantil lucrativa lo que permite inferir sin grandes esfuerzos argumentales una capacidad económica suficiente para hacer frente, incluso a plazos si fuere menester, al pago de la moderada multa que se les ha impuesto.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

## VIII.OTRAS CUESTIONES

### A.OCUPACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

Tribunal Supremo

#### 1.STS nº 162/2019, de 26 de marzo

**La responsabilidad de la persona jurídica no es aplicable al art.311 CP. Es de aplicación el art.318 CP que por remisión al art.129 CP permite aplicar la suspensión de actividades por tiempo que no exceda de 5 años. Para aplicar la suspensión no se requiere una previa declaración de responsabilidad de la persona jurídica que no es posible sino que la actividad delictiva se desarrolle en el ámbito de la actividad de la empresa y que se haya declarado la responsabilidad penal del administrador o del encargado responsables y que, conociendo la situación no hayan adoptado medidas para remediarla. Eso ha ocurrido en este caso. No se ha producido indefensión porque la sociedad ha sido parte procesal y ha podido ejercer su derecho de defensa.No ha existido quiebra del principio acusatorio porque la medida accesoria había sido pedida por el Fiscal en el escrito de acusación provisional y definitivo.**



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

En el cuarto y último motivo del recurso se denuncia la vulneración del principio acusatorio y del principio de congruencia, con apoyo en el *artículo 24 CE* y del *artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Se argumenta que en los escritos de conclusiones no se interesó pena alguna para la mercantil ATURROBLEDO SL y no se pidió la pena de suspensión respecto de Rodolfo, por lo que la pena de suspensión de actividades que se le ha impuesto infringe el principio acusatorio.

El tipo penal contemplado en el *artículo 311 CP* no puede dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica titular del establecimiento, dado que esa eventualidad no se prevé expresamente, conforme a lo que exige el artículo 31 bis. Esta exclusión ha sido criticada doctrinalmente, pero, al margen de las opiniones que se puedan tener sobre la misma, es incuestionable.

El *artículo 318 CP* prevé una consecuencia singular para los delitos contra los derechos de los trabajadores. Cuando los hechos sean realizados en el ámbito de actuación de una persona jurídica responderán penalmente los administradores o encargados del servicio y no la propia sociedad, tal y como ha ocurrido en este caso, y se añade que podrá decretarse, además, alguna o algunas de las consecuencias accesorias del *artículo 129 CP*, entre las que se encuentran la suspensión de actividades por tiempo que no exceda de 5 años (*artículo 33 . 37 CP*). Para acordar esta suspensión no se exige que exista una previa declaración de responsabilidad penal de la sociedad titular del establecimiento, que no es posible, sino que la actividad delictiva se desarrolle en el ámbito de actividad de la empresa y que se haya declarado la responsabilidad penal del administrador o del encargado del servicio que hayan sido responsables del hecho y que, conociendo la situación, no hayan adoptado medidas para remediarla. Así se ha procedido en este caso, sin que la medida adoptada cause ningún género de indefensión porque la sociedad titular del establecimiento y a quien afecta de forma directa la decisión de suspensión fue citada a juicio y pudo ejercitar con plenitud su derecho de defensa. No ha habido lesión del principio acusatorio porque la consecuencia accesoria había sido oportunamente solicitada en las conclusiones provisionales y definitivas del Ministerio Fiscal (folio 355 vuelto) y tampoco ha habido lesión del derecho de defensa porque la sociedad titular del establecimiento fue parte procesal en el juicio y pudo ejercitar dicho



**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**

**UNIDAD DE EXTRANJERÍA**

derecho con plenitud.

El motivo se desestima.