



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

INMIGRACIÓN ILEGAL. ART. 318 BIS CP

OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. ART. 311.2º y BIS CP

Julio a diciembre de 2019

INDICE

I. NOTA PRELIMINAR.....p.4.

II. INMIGRACIÓN ILEGAL

A. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA

A. BIS. COMPETENCIA..... p.10.

A. TER. TIPO BASICO

A.1. AYUDA A LA ENTRADA CLADESTINA DE
INMIGRANTES POR MAR O TIERRA O AL TRANSITO.p.13.

A.2. AYUDA A LA ENTRADA FRAUDULENTO 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

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

c. OTROS.....p.17.

B. SUBTIPOS AGRAVADOS

B.1.PUESTA EN PELIGRO

a. En embarcación.....p.19.

b. En vehículo a motor

B.2. ANIMO DE LUCRO

B.3.ORGANIZACIÓN

C.SUBTIPO ATENUADO.....p.21.

D.PARTICIPACIÓN

D.BIS.CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES O ATENUANTES

E. ÁNIMO SUBJETIVO

III.OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

A. TIPO BASICO.....p.23.

B. TIPOS CUALIFICADOS

IV.MEDIDAS CAUTELARES DURANTE LA INSTRUCCIÓN.....p.24.

V. PRUEBA

PRUEBA DEL DELITO DE INMIGRACIÓN ILEGAL

A. DECLARACIÓN DEL ACUSADO

B. TESTIFICAL. ATESTADO Y PERICIAL MÉDICA

B.1.TESTIFICAL DEL INMIGRANTE.....p.33.

B.2.TESTIFICAL DE POLICIA O GUARDIA CIVIL.p.38.

B.2.BIS.TESTIFICAL DE TERCEROS

B.3.PRUEBA PRECONSTITUIDA O ANTICIPADA..p.40.

B.3.BIS.PERICIAL MEDICA



B.3.ter.INFORME POLICIAL.....	p.41.
B.4.OTRAS CUESTIONES	
C.RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO O EN RUEDA.....	p.41.
D.INTERPRETE	
E. VIDEOCONFERENCIA	
F. ESCUCHAS TELEFONICAS	
F.1.INDICIOS VALIDOS PARA AUTORIZAR O PRORROGAR ESCUCHAS.CONTENIDO DEL AUTO	
F.2.EFICACIA PROBATORIA	
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. DOCUMENTAL.....	p.42.
 PRUEBA DEL DELITO DE OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES	
A. CONDICIÓN DE EMPRESARIO O ADMINISTRADOR	
B. CONDICIÓN DE TRABAJADORES.....	p.42.
 VI.PENA APLICABLE	
A. INMIGRACIÓN ILEGAL	
B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES	
 VII.RESPONSABILIDAD CIVIL	
A. INMIGRACIÓN ILEGAL	
B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES	
 VIII.OTRAS CUESTIONES	
A. INMIGRACIÓN ILEGAL.....	p.45.
B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES	
 IX.OTROS DELITOS RELACIONADOS	
A. BLANQUEO	
B. FALSEDAD	



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 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.

Algunas de las cuestiones más interesantes que se analizan son:

Delito de inmigración ilegal

Aspectos sustantivos

Competencia

-ATS de 28 de noviembre de 2019 (Recurso nº 20786/2019): Conflicto de competencia entre un Juzgado de Madrid, territorio en que tiene su sede una organización que se dedica a trasladar inmigrantes iraníes rumbo al Reino Unido y un Juzgado de Coruña, territorio donde se localiza en el aeropuerto a los inmigrantes con documentación falsa. Competencia del Juzgado de Madrid para investigar la organización y el de Coruña para conocer de la falsedad documental cometido por los inmigrantes.



-ATS de 27 de noviembre de 2019 (Recurso 20593/2019): Conflicto de competencia entre un Juzgado de Alcira y un Juzgado Central de la Audiencia Nacional. Red con sede en Alcira que capta migrantes en Internet. Los migrantes cruzan la frontera española por lo que no es un delito cometido en el extranjero y no se aplica el art.65 LOP. Por tanto, es competente el Juzgado de Alcira.

Ayuda a la entrada

- SAP de Madrid, secc.3ª, nº732/2019, de 18 de diciembre: Se absuelve porque la acusación no ha concretado la infracción administrativa cometida.

-SAP de Cádiz, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº95/2019, de 5 de diciembre: Hay ayuda a la entrada de quienes no consta que participaron en la dirección de la embarcación en que se encuentran los inmigrantes ni están presentes en la playa cuando dichos inmigrantes embarcan, pero se acredita que uno es el propietario de la nave y que los acusados la trasladan a Marruecos el día anterior, entran en concierto con los inmigrantes y la avituallan con alimentos. Un tercero interviene en el avituallamiento.

- SAP de Madrid, secc.3ª, nº732/2019, de 18 de diciembre: Se absuelve porque la acusación no ha concretado la infracción administrativa cometida.

-SAP de Cádiz, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº95/2019, de 5 de diciembre: Irrelevancia del error del Fiscal que acusa por ayuda a la permanencia y es ayuda a la entrada.

Ayuda a la permanencia

-STSJ de Castilla-León, secc.1ª, nº 64/2019, de 4 de noviembre: Recoger a la mujer en el aeropuerto y trasladarla al club de alterne es ayuda a la permanencia. Hay ánimo de lucro al exigirles el pago de 3.000 euros por la deuda.



Subtipos agravados

-SAP de Almería, secc.2ª, nº 523/2019, de 16 de diciembre: Grave riesgo para la vida e integridad física. Los móviles no tienen cobertura en altamar lo que aumenta el riesgo de fallecimiento en caso de naufragio. Irrelevancia del buen tiempo. Las condiciones de la expedición eran de por sí peligrosas con buen tiempo ya que la embarcación estaba sobrecargada, debían recorrer 110 millas náuticas, (más de 200 kms) y los ocupantes no llevaban chaleco.

-SAP de Cádiz, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº 95/2019, de 5 de diciembre: No responde por el grave riesgo para la integridad física ni el propietario de la nave ni quien participó en su avituallamiento. No consta que estuvieran en la nave cuando naufragó la embarcación en la que fallecieron los inmigrantes. Tampoco estaban en la playa cuando embarcaron los inmigrantes con lo que no pueden saber ni la meteorología ni si la nave estaba sobrecargada.

Subtipo atenuado

-SAP de Almería, secc.2ª, nº 523/2019, de 16 de diciembre: No se aplica el subtipo atenuado por el grave peligro para la vida por el recorrido en embarcación neumática desde Argelia hasta Almería. Se trasladaba un elevado número de inmigrantes (12).

Otras cuestiones

-AAP de Cádiz, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº 268/2019, de 11 de diciembre: Se estima la apelación contra el auto de procesamiento dictado en el marco de un delito de inmigración ilegal con organización criminal. En el relato de hechos de dicho auto no se efectúa referencia alguna al recurrente procesado.



-AAP de Álava, secc.2ª, nº 418/2019, de 30 de septiembre: Se rechaza la petición de sobreseimiento libre. Indicios de que el investigado actúa dentro del seno de una organización de inmigración ilegal. El que los indicios apunten a la presencia de un grupo y no de organización o la defensa ponga exponga argumentos razonables de exculpación no es suficiente para acordar el sobreseimiento libre.

Medida cautelar de prisión

- SAP de Cádiz, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº95/2019, de 5 de diciembre: Las medidas de retirada del pasaporte o fianza no conjuran posibles amenazas a testigos.

Ocupación masiva ilegal de trabajadores extranjeros

-SAP de Pontevedra, secc.4ª, nº 52/2019, de 11 de octubre; Si no se excede el umbral cuantitativo previsto en el art.311.2º CP no se entra a examinar si entre las mujeres y la empresa existía relación laboral. Dicho umbral hace referencia a la totalidad de la plantilla de la empresa o centro de trabajo y no solo a los que se hallaban efectivamente trabajando en el momento de la inspección.

Prueba

Inmigración ilegal

-SAP de Málaga, secc.7ª, con sede en Melilla, nº 42/2019, de 14 de noviembre: Los agentes fueron testigos de que los inmigrantes salieron entumecidos y sudorosos del vehículo sin poder permanecer de pie hasta algún tiempo después de haber sido extraídos.

Testifical de inmigrantes

Se acepta

-SAP de Almería, secc.2ª, nº 523/2019, de 16 de diciembre: No hay dudas sobre la autenticidad de la declaración de los testigos cuando identifican al patrón, aunque puedan obtener un beneficio por colaborar. Son



tres testimonios de inmigrantes que coinciden entre sí. No han respondido sí o no a preguntar para construir el relato de hechos en cuyo caso sí se podía haber sospechado. Declaran desde el inicio, espontáneamente y con detalles.

Se rechaza

SAP de Almería, secc.2ª, nº365/2019, de 23 de septiembre: No se da crédito al testigo protegido. Su testimonio es único sin que esté corroborado por una foto en la que se viera patronear al acusado. No aparece la brújula. Su condición de protegido dificulta valorar su credibilidad. Los beneficios que pueda obtener con su delación obligan a ser muy cauteloso. El testimonio de quien avistó la patera no es suficiente porque no ve al patrono. El testigo señala que vio a los acusados como patronos sólo de día. Pagó 1000 euros, pero no a los acusados que tampoco contribuyeron a la preparación de la embarcación, no inflaron la barca, ni llevaron gasolina.

Testifical de agentes de la autoridad

-SAP de Almería, secc.2ª, nº 523/2019, de 16 de diciembre: Declaración precisa del guardia civil que identifica a los acusados como patronos de la embarcación. No se puede dudar del reconocimiento porque hubo una breve persecución en la que durante tiempo el testigo estuvo cerca del acusado. Coincide con lo dicho en el atestado. Su testimonio es confirmado por otro compañero.

- SAP de Almería, secc.3ª, nº444/2019, de 19 de diciembre: Nadie pretendió hablar con los agentes. Es policía la que elige con quien entrevistarse.

Reconocimiento fotográfico

-SAP de Almería, secc.3ª, nº444/2019, de 19 de diciembre: Validez de que en el reconocimiento fotográfico policía exhiba sólo las fotografías de las personas que iban en la patera y no de terceras personas ajenas pues lo que se pretende es identificar a los presuntos pilotos de la embarcación.

Documental

-SAP de Almería, secc.2ª, nº 523/2019, de 16 de diciembre: No tiene valor probatorio un documento que la defensa presenta en el que supuestos



ocupantes de la embarcación identifican a una persona distinta del acusado como patrón.

Ocupación masiva ilegal de trabajadores extranjeros

Prueba sobre condición y número de trabajadores

SAP de Pontevedra, secc.4ª, nº 52/2019, de 11 de octubre: Discrepancias entre el Anexo de la Inspección de Trabajo y la Tesorería General de la Seguridad Social sobre trabajadores dados de alta. A falta de prueba sobre el dato exacto, debe tomarse el número que más favorece al acusado. En ambos casos no se alcanza el 50 por cien de la plantilla. Deben además descontarse cuatro personas computadas como trabajadoras de alterne ya que una Sentencia del Juzgado de lo Social ha señalado que su relación con el club no era laboral.



II. INMIGRACIÓN ILEGAL

A. BIS. COMPETENCIA

Tribunal Supremo

1. ATS de 28 de noviembre de 2019 (Recurso nº 20786/2019)

Conflicto entre un Juzgado de La Coruña y otro de Madrid. Dos ciudadanos iraníes son detenidos en el aeropuerto de La Coruña intentando volar al Reino Unido. Tras acordarse unas intervenciones telefónicas se detecta una organización con sede en Madrid dedicada a introducir fraudulentamente ciudadanos iraníes rumbo al Reino Unido. La sede la organización está en Madrid por lo que la competencia corresponde al Juzgado de Madrid. El Juzgado de Coruña sólo debe conocer del delito de falsedad documental cometido por los inmigrantes

PRIMERO. - De la exposición y testimonio recibidos se desprende que La Coruña incoa Diligencia Previa con motivo de la detención de dos ciudadanos iraníes en el aeropuerto de esa ciudad al presentar unos pasaportes falsos cuando pretendían viajar de A Coruña a Londres. Los hechos ocurrieron el 5 de mayo de 2019. El Juzgado acordó la puesta en libertad de los detenidos en el marco de sus Diligencias Previas. El 10 de junio pasado, la Policía Nacional solicita la intervención de varios teléfonos explicando que a raíz del seguimiento efectuado a estos dos ciudadanos iraníes detenidos en la Coruña descubrieron que se habían citado con otras persona y tras las oportunas investigaciones expusieron que en Madrid estaba radicada una organización que se dedicaba a introducir fraudulentamente ciudadanos iraníes en el Reino Unido y para ello les facilitaban pasaportes falsos y la entrada en aquel país a través vuelos que partían de aeropuertos españoles con poco tráfico de pasajeros. Ante esta petición el Juzgado apertura pieza separada y tras acordar las intervenciones telefónicas solicitadas para no entorpecer la investigación por Auto de 12/7/19 se inhibe a Madrid por entender que los hechos denunciados en el oficio policial ponían de relieve una investigación independiente en la que nada tienen que ver los dos ciudadanos iraníes detenidos en A Coruña objeto de sus diligencias y que en su caso serían meras víctimas de la organización de tráfico de seres humanos radicada en Madrid. El nº 44 al que correspondió



por auto de 25/7/2019 rechaza la inhibición, en aplicación del principio de ubicuidad y que en Madrid solo se encuentra un piso de seguridad. Planteando La Coruña con Madrid esta cuestión de competencia negativa.

SEGUNDO. - La cuestión de competencia negativa planteada debe ser resuelta como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala a favor de Madrid.

En el caso que nos ocupa, y de las investigaciones practicadas hasta el momento se aprecia la existencia de una Organización radicada en Madrid, así como las personas investigadas residen en esa localidad y ello respecto al delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis apartados 1 y 3 del C. Penal, y es que como indica acertadamente, en la Exposición Razonada, el Juzgado de A Coruña debe conocer, exclusivamente, del delito de falsedad documental atribuido a los dos ciudadanos iraníes pues en dicha localidad se descubrió la existencia del delito de falsedad y en la Coruña no se cometen ninguno de los hechos atribuidos a las personas que supuestamente organizan la entrada de iraníes desde España a Reino Unido. En A Coruña solo se descubre el delito de falsedad atribuido a los dos detenidos por lo que la Coruña deberá seguir conociendo respecto al delito falsedad, como contempla el Auto de inhibición y Madrid conforme al art. 14.2 LECrim. el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

2.ATS de 27 de noviembre de 2019 (Recurso 20593/2019)

Conflicto entre un Juzgado de Alcira y un Juzgado Central de la Audiencia Nacional. La organización contacta con migrantes en Internet, ofreciéndole venir a España, garantizándoles la obtención de documentos con los que puedan trabajar. Intervienen en la organización 16 personas de diversas nacionalidades. La documentación a los inmigrantes se proporciona por un policía de la comisaria de Alcira en connivencia con su pareja, abogada. Se han tramitado cerca de 200 solicitudes.

La jurisdicción española es competente para conocer del delito de falsedad como del de organización criminal y del 318 bis. Los inmigrantes han cruzado la frontera por lo que no hay duda de la competencia de la jurisdicción española. Procede aplicar el art.14 LECRIM y no el art.65 LOPJ ya que falta el presupuesto de que el delito



se haya cometido en el extranjero. El centro de operaciones de la organización está en Alzira.

PRIMERO. - De la exposición y testimonio recibidos se desprende que Valencia nº 5 incoa D. Previas con las investigaciones y atestados efectuados por la Brigada Provincial de la Comisaría de Valencia y de los que resultaba la expedición de diversos NIES a ciudadanos extra comunitarios merced a documentación falsa presentada por los mismos. El procedimiento seguido para su obtención era el contactar, los distintos medios de la organización, mediante Internet con personas fuera del ámbito de la comunidad ofreciéndoles la posibilidad de trasladarse a España garantizándoles la obtención del NIE con el fin de que pudieran trabajar, solicitándoles diversa documentación, entre ellas una fotografía con el fin de gestionar la documentación, una vez concertados con ellos procedían a trasladarlos a España donde los proveían de los correspondientes NIES, en dichas actuaciones intervenía un grupo de hasta 16 personas de distintas nacionalidades (hasta 16), incluidos entre los mismos ciudadanos españoles. Las iniciales investigaciones dieron como resultado que el procedimiento para obtener los NIES, mediante la presentación de la documentación falsa era acudir a la Comisaría de Policía de Alzira donde el único funcionario encargado de la gestión de los mismos, el policía Aureliano al parecer de acuerdo con su pareja sentimental, letrada en ejercicio, era quien proporcionaba los referidos NIES, siendo pues Alzira el centro neurálgico de la trama. Así Valencia acordó la inhibición a favor del de Alzira, quien aceptó la inhibición e incoó las D. Previas 71/19, por auto de 14/02/19, practicando en su seno, diversas diligencias de investigación, (ampliación de atestados, acumulaciones...), pudiendo de forma indiciaria acreditar que por dicho procedimiento se había expedido un total de 232 expediciones fraudulentas de NIES. Acordando por Auto de 18/11/18 la inhibición a favor de los Juzgados Centrales. El nº 1 al que correspondió, por auto de 28/03/19, rechaza la inhibición. Planteando Alzira esta cuestión de competencia negativa con el Central nº 1.

. - La cuestión de competencia negativa planteada debe ser resuelta como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala a favor de Alzira.

De los delito imputados resulta competente la jurisdicción española, pues tanto el delito, que pudiera ser continuado, de falsedad del artículo 390 del



CP, como el de organización criminal artículo 570 del CP, se han consumado en España, incluso el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis, vista la nueva redacción dada por la reforma del año 2015, que frente a la anterior redacción que establecía una suerte de consumación anticipada que podía darse aún en el supuesto de que no se traspasaran la frontera pues establecía "El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión" tras la reforma establece, "El 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, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año", así pues dada la nueva redacción también en este delito, la consumación se produce en territorio español (en el momento de entrar ilegalmente en el territorio nacional), dicho de otra manera, los delitos investigados todos han sido cometidos en España y por tanto la jurisdicción española está fuera de toda duda, dicho lo cual, deben regir las normas ordinarias de determinación de la competencia territorial (artículos 14 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Y ello porque no se dan los supuestos contemplados en el art. 65 y 88 LOPJ, en concreto el apartado 65 1º e), dado que las operaciones se realizan en y desde España y se concretan y tienen su centro de operaciones en Alzira, no puede considerarse pues que el delito se cometiera en el extranjero presupuesto para otorgar la competencia a los Juzgados Centrales, (ver en igual sentido auto de 13/09/17 c de c 20450/17), por ello a Alzira le corresponde la competencia, conforme al art. 14.2 LECrim.

A.TER.TIPO BASICO

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

Audiencia Provincial



1. SAP de Madrid, secc.3ª, nº732/2019, de 18 de diciembre

Se absuelve porque la acusación no ha concretado la infracción administrativa cometida.

El tipo penal vigente requiere la ayuda para entrar en España, la acusación ha sido genérica para tres supuestos de entrada distintos. Uno de entrada directa en España en patera, NUM005, y dos en los que el tránsito se ha efectuado en patera a Italia y se ha alcanzado Francia por medios terrestres y más tarde España, en el caso de la NUM007 y NUM006. La acusación no ha concretado las infracciones administrativas cometidas y las defensas no han podido defenderse de la comisión de tales infracciones concretas. Sería impensable en un delito contra la hacienda Pública, que la acusación no refiriese la norma tributaria incumplida. Por todo ello esta Sala considera, que ha de absolverse de tales delitos por aplicación del principio acusatorio sin perjuicio de que tales conductas puedan ser integrantes del delito de inmigración ilegal por el vienen acusados María Teresa y Juan Ramón.

2.SAP de Cádiz, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº95/2019, de 5 de diciembre

Irrelevancia del error del Fiscal que acusa por ayuda a la permanencia y es ayuda a la entrada.

Respecto de estos dos acusados, el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, solicitó de forma subsidiaria, que se considera la existencia de un delito del artículo 318 bis, apartado 2 CP. Sin embargo dicho tipo penal no resulta aplicable a los hechos descritos en su escrito de calificación y que no ha resultado modificado ni tampoco a los hechos que mediante esta resolución se declaran probados, por lo debe considerarse como como un error involuntario en el trámite correspondiente, sin que ninguna indefensión pueda causar a los acusados puesto que se estima el tipo básico previsto en el referido artículo y la pena que se impondrá no rebasa tampoco el límite máximo solicitado para la calificación subsidiaria que ha efectuado en el plenario.

Infracción de la normativa de extranjería (art.25 LOEX) en la introducción de inmigrantes en una embarcación fuera de los puestos fronterizos.



Por otro lado, no ha existido duda alguna de que, dadas las circunstancias acreditadas, el viaje se produjo transgrediendo la normativa existente para el cruce legítimo de las fronteras, ya que el mismo se hizo de forma clandestina y, palmariamente, por un lugar no habilitado para ello. Así, el art. art. 25 y 25 bis de la Ley de Extranjería de 11 de febrero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, señala que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, debería presentar los documentos que se determinan reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios, y el art. 25 bis de la misma ley regula la necesidad y clases de visados para los extranjeros que se propongan entrar en territorio español. Ninguno de estos requisitos los cumplía los inmigrantes subsaharianos que ocupaban la embarcación semirrígida.

Favorecimiento de la inmigración ilegal del propietario de la embarcación interceptada por la Guardia Civil con inmigrantes ilegales. No consta que los acusados estuvieran en la playa cuando embarcaron los inmigrantes ni en la nave cuando fue localizada por Guardia Civil pero sí que dos de ellos se desplazaron con la nave a Marruecos el día anterior a los hechos se concertaron con los inmigrantes y la avituallaron con agua y víveres y que un tercero ayudó al avituallamiento. Alegan los dos primeros acusados que se desplazaron para llenarla de gasolina, pero habían repostado con anterioridad (así lo acreditan las facturas de la gasolinera). Señala que le robaron la embarcación en Marruecos, pero se contradice con otras declaraciones y no denunciaron los hechos. Aun sin conocer los detalles particulares del momento del viaje y la cantidad de personas transportadas, teniendo en todo momento el dominio del hecho que pudo, por tanto, haber evitado.

Es cierto que el mismo no ha podido ser reconocido por ninguno de los testigos interrogados, todos ellos agentes de la Guardia Civil que, de un



modo u otro, han participado en los hechos declarados probados, bien por intervención personal en razón de su cargo, bien realizando el atestado posterior en la investigación de los mismos, ni tampoco por los inmigrantes que han prestado declaración y que ha quedado incorporada al plenario como prueba preconstituida, pero ha resultado acreditado sin lugar a dudas que el mismo era propietario de la embarcación semirrígida, que el día anterior a los hechos la trasladó hasta el puerto deportivo después de haber repostado gasolina (declaración del testigo Arturo y recibo del repostaje), que la avitualló con agua y víveres, lo que ha sido reconocido en su declaración, así como que la trasladó a Marruecos acompañado por Camilo y una tercera persona no acusada en este procedimiento, en concreto a la zona de Rincón, para llenarla de combustible (a pesar de constar acreditado por la testifical de Arturo y la factura de la gasolinera donde repostó que ya lo había hecho en esta ciudad) y a presentar papeles, donde se la robaron sin que pudiera interponer denuncia al no encontrar a nadie para hacerlo, regresando posteriormente sólo a Ceuta donde tampoco le permitieron poner la denuncia (lo que no coincide con su primera declaración -acontecimiento 35- donde manifiesta que regresó junto con sus dos acompañantes en un vehículo de un amigo, Belarmino), ni con la certificación de la Policía Nacional que consta en el Atestado de que no denunció ni intentó denunciar tales hechos en Ceuta..

(...)

Se le atribuye el delito puesto que, aunque no se pueda afirmar que fuera uno de los dos pilotos de la embarcación semirrígida durante la travesía, sí resulta ser, sin lugar a dudas, el propietario de la misma, la trasladó a puerto, la avitualló de gasolina y víveres y la trasladó a Marruecos en la tarde anterior a los hechos, concertó el viaje de los inmigrantes para obtener un beneficio económico y sabía de la ocasión del mismo, aun sin conocer los detalles particulares del momento del viaje y la cantidad de personas transportadas, teniendo en todo momento el dominio del hecho que pudo, por tanto, haber evitado. Lo que ha quedado perfectamente acreditado no sólo por todos los indicios señalados sino por la declaración del coacusado Cayetano, quien ayudo a avituallar la nave y reconoció que sabía del destino de la embarcación para el traslado de inmigrantes, aunque no sabía cuándo ni cómo se realizaría.

(...)



Igualmente resulta responsable en concepto de autor del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis, 1 CP, el coacusado Camilo de acuerdo con lo previsto en los artículos 27 y 28 CP, al haber participado al menos en el avituallamiento y traslado de la embarcación semirrígida a Marruecos, concertando con los inmigrantes el viaje a cambio de un beneficio económico indeterminado, sin que haya podido ser reconocido como uno de los dos tripulantes de la misma que la pilotaron durante el traslado de los inmigrantes. No obstante, de los datos del atestado obrantes en las actuaciones y unidos como prueba documental y de su propia declaración y de la de Bernardo no queda la menor duda, de su presencia en el puerto de Ceuta ni de que viajó a Marruecos con la semirrígida en la que introdujo agua y chucherías según sus propias palabras, resultando totalmente incoherente y no corroborado su relato exculpativo.

(...)

En lo que se refiere a Cayetano debe atribuírsele la responsabilidad en concepto de autor de un delito del artículo 318 bis 1 CP, ya que resulta obvia igualmente su participación, deducida no sólo de las declaraciones de Bernardo y del análisis de los terminales telefónicos que le fueron intervenidos, sino de su propia declaración en el plenario, admitiendo haber ayudado al avituallamiento de la nave, siendo conocedor del destino para el que iba a utilizarse, única participación que puede atribuírsele en los hechos que han sido declarados probados, puesto que no participó en el traslado de la embarcación a Marruecos.

A.3.AYUDA A LA PERMANENCIA

c. OTROS

Tribunal Superior de Justicia

1.STSJ de Castilla-León, secc.1ª, nº 64/2019, de 4 de noviembre

Es ayuda a la permanencia del art.318 bis CP recoger a la mujer extranjera en el aeropuerto y trasladarla al club de alterne. Hay ánimo de lucro al exigirles el pago de 3.000 euros en concepto de deuda.

En efecto, ha de tenerse en cuenta que, respetando en este punto el relato de hechos probados de la sentencia recurrida cuya modificación no se



interesa por el ministerio público, resulta indudable que la conducta del acusado Juan Carlos, como ya hemos reiterado, consistió, respecto de las cuatro testigos protegidas, en recibirlas en su club donde las mismas ejercieron la actividad de prostitución, exigiéndoles el pago de la cantidad de 3.000 Euros que habían asumido como deuda para paliar los "gastos" de su traslado, y que, cualquiera que hubiese sido la forma en que tal cantidad fue anticipada (aunque fuese fingidamente), las citadas mujeres se comprometieron a abonar al acusado que regentaba el club, y, respecto de la testigo protegida nº NUM002, además, en ir a recoger al aeropuerto y trasladarla materialmente al citado club.

Partiendo de un concepto amplio de "ayuda" que expresa el tipo penal del artículo 318 bis.1 del Código Penal, que establecen entre otras las SSTs de 26 de Octubre de 2.015 y 19 de Junio de 2.016 (oportunamente citadas por el Ministerio Fiscal en su fundamentado recurso de apelación), puede llegarse, sin forzar la interpretación ni infringir el principio de legalidad, a la razonable conclusión de que las conductas indicadas encajan en la descripción típica indica. Es más, la primera de las sentencias del Tribunal Supremo, antes citadas, se refiere expresamente a la mera conducta de recoger a una mujer en el aeropuerto y trasladarla al local de alterne como constitutiva del delito analizado, cuando ello se hace con conocimiento de la situación irregular en España de la interesada en cuestión, conocimiento que, en el caso que nos ocupa, tenía indudablemente el acusado, en cuanto no era un mero empleado sino el titular del establecimiento donde la misma iba a prestar sus servicios, lo que nos conecta igualmente con el hecho acreditado de que era a él a quien debían, esa y demás mujeres, abonar la "deuda" por ellas asumida.

Lo anterior nos lleva necesariamente a la condena del acusado por cuatro delitos de inmigración ilegal en los términos indicados, pudiendo añadirse, en cuanto a la penalidad, que igualmente acierta el Ministerio Fiscal al interesar la imposición de la pena de prisión, prevista legalmente como optativa a la de multa, y además en su mitad superior (por aplicación del subtipo agravado del párrafo final del artículo 318. Bis.1 del Código Penal), por resultar indudable el ánimo de lucro en el acusado a tenor del relato de hechos probados.



B. SUBTIPOS AGRAVADOS

B.1.PUESTA EN PELIGRO

a. En embarcación

Audiencia Provincial

Se aprecia

1.SAP de Almería, secc.2ª, nº 523/2019, de 16 de diciembre

El grave peligro para la vida se acredita por la sobrecarga de la embarcación con riesgo de vuelco dadas las dimensiones de la embarcación con 12 ocupantes, el viaje cubre un trayecto de 110 millas náuticas (más de 200 kilómetros) y se desarrolla muchas horas, con inclusión de las nocturnas, lo que aumenta la posibilidad de ser víctima de un posible empeoramiento de las condiciones meteorológicas. No llevaban chalecos salvavidas ni otras medidas de seguridad como bengalas o instrumentos. Los móviles no tienen cobertura en altamar lo que aumenta el riesgo de fallecimiento en caso de naufragio. Irrelevancia del buen tiempo. Las condiciones de la expedición eran de por sí peligrosas con buen tiempo.

En el episodio enjuiciado la situación de peligro se infiere sin demasiada dificultad de las circunstancias en que viajaron los inmigrantes: 1) en embarcación neumáticas o semirrígidas de 5 metros de eslora y 2 metros de manga para desplazar a 12 personas, lo que denota una patente sobrecarga, determinante a su vez de un claro riesgo de vuelco y/o hundimiento. 2) para cubrir un trayecto de unas 110 millas náuticas (algo más de 200 kilómetros), lo que determina que el viaje se desarrolle por altamar y durante muchas horas, con inclusión de las nocturnas, lo que aumenta el riesgo anterior, por la mayor exposición al peligro, con el consiguiente incremento de la probabilidad de ser víctima de un posible empeoramiento de las condiciones meteorológicas o de abordaje por otra nave que no se aperciba de su presencia, entre otras previsibles incidencias negativas; y 3) sin portar los correspondientes chalecos salvavidas ni otras medidas de



seguridad elementales como bengalas o instrumentos para comunicación por radio, debiendo puntualizarse que en altamar los teléfonos móviles carecen de cobertura, circunstancia que aumenta considerablemente el riesgo de fallecimiento en caso de naufragio, hombre al agua u otro incidente similar.

La falta de acreditación de condiciones meteorológicas adversas no desvirtúa en este caso la apreciación de peligro para la vida de los inmigrantes, pues en presencia de las circunstancias ya apuntadas las expediciones eran peligrosas en sí mismas incluso con buen tiempo.

No se aprecia

1.SAP de Cádiz, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº95/2019, de 5 de diciembre

No se aprecia el subtipo agravado de peligro para la vida. Los acusados participan en el traslado de la embarcación y en el avituallamiento. Ninguna testifical sitúa a los acusados como ocupantes de la nave en el momento del accidente. Los inmigrantes fallecen como consecuencia de un naufragio derivado de una temeraria huida de los patrones que finalmente consiguen darse a la fuga. Los acusados tampoco están presentes cuando los inmigrantes embarcan en la playa por lo que no pueden saber el número de ocupantes y las condiciones meteorológicas.

No resulta posible calificar los hechos imputables a los acusados con la agravante específica de "peligro para la vida" prevista en el ordinal 3, apartado b) del artículo 318 bis CP, puesto que en este caso el juicio de inferencia resulta demasiado abierto, existiendo otras posibilidades, por lo que no resulta adecuado para enervar la presunción de inocencia a pesar del convencimiento subjetivo del Tribunal, y ello porque ninguna de las declaraciones testificales ha situado a los acusados a bordo de la embarcación en el momento de ocurrir el accidente, ni tan siquiera podemos situarlos en la playa mientras embarcaban los inmigrantes, a pesar de ser uno de ellos el propietario de la semirrígida. Tampoco podemos inferir, precisamente por no poderlos situar en la misma, que conocieran el momento exacto en que se realizaría la travesía, ni el número de ocupantes que realizarían el viaje, ni las circunstancias meteorológicas en ese momento, teniendo además en cuenta que sí se contaban con algunos chalecos



salvavidas aun cuando resultaran claramente insuficientes para el número final de inmigrantes a bordo.

- Por otro lado, es lo cierto que el resultado final que desembocó en tres inmigrantes fallecidos y un cuarto desaparecido, fue debida en gran medida a las circunstancias concurrentes de persecución y huida de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a pesar de encontrarnos ante una situación de temporal de levante, noche cerrada y una embarcación sobrecargada que carecía de los más elementales sistemas de seguridad, yendo la mayoría de sus ocupantes desprovistos incluso de chalecos salvavidas, al mantener la persona (o personas no identificadas) encargada de patronearla una muy arriesgada y temeraria huida, en una zona de gran peligro como son los Hileros de Santa Catalina, lo que provocó que cayeran al mar los inmigrantes ante las maniobras peligrosas que se estaban efectuando hasta llegar a encallar a la Playa del Cementerio, desde donde las dos personas que manejaban la nave, huyeron, terminando con el luctuoso resultado antes indicado.

C.SUBTIPO ATENUADO

Audiencia Provincial

1.SAP de Almería, secc.2ª, nº 523/2019, de 16 de diciembre

No se aplica el subtipo atenuado del art.318 bis CP. Incuestionable gravedad de los hechos. Peligro para la vida por el recorrido desde Argelia hasta Almería en embarcaciones como las descritas por todos conocido ante el gran número de personas que fallecen. Elevado número de inmigrantes en la embarcación (12).

La petición subsidiaria de las defensas de que se aplique el apartado 6 del art. 318 bis CP, que contempla la posibilidad de que se imponga la pena inferior en grado "teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste", no puede ser acogida.

La gravedad de los hechos es incuestionable. No sólo por el peligro que supusieron para la vida de los inmigrantes, sino también por el número de éstos, un total de 12. Es evidente que cruzar el mar mediterráneo desde las costas de Argelia hasta las de la provincia de Almería en embarcaciones en



las condiciones que hemos descrito es un grave riesgo para la vida de las personas, de hecho, ahí tenemos los datos por todos conocidos del gran número de personas que han muerto en este trayecto ahogadas.



III. OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

A. TIPO BASICO

Audiencia Provincial

1.SAP de Pontevedra, secc.4ª, nº 52/2019, de 11 de octubre

No es preciso entrar a examinar si entre las mujeres y la empresa existía relación laboral cuando no concurra el requisito objetivo del tipo de que el número de trabajadores afectados que se encuentren sin dar de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social sea de al menos el 50 por cien de la plantilla, al tratarse de una empresa que da ocupación a más de 10 trabajadores y no más de 100. Para el computo debe atenderse a la totalidad de la plantilla de la empresa, no sólo a los que estaban trabajando en el momento de la inspección.

Pero como quiera que el tipo penal por el que el Ministerio Público ha solicitado la condena del encausado, Jose Luis, y de la entidad JOSMIFRAN S.L., exige que el número de trabajadores afectados que se hallen sin dar de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social sea de al menos el 50% de la plantilla, al tratarse de una empresa que da ocupación a más de 10 trabajadores y no más de 100, el Tribunal va a comenzar por examinar la concurrencia de este primer requisito de carácter totalmente objetivo, pues, de no concurrir, no sería preciso entrar en el análisis de la prueba practicada en sede de juicio oral respecto de si existía o no relación laboral entre el encausado y su empresa y las 28 mujeres que se hallaban en el interior del Club Peinador el día que se hizo la inspección, 23/10/2014.

En primer lugar, cuando el tipo alude a trabajadores, sin duda, hace referencia a la totalidad de la plantilla de la empresa o centro de trabajo y no solo a los que se hallaban efectivamente trabajando en el momento de la inspección.



IV. MEDIDAS CAUTELARES DURANTE LA INSTRUCCIÓN

Prisión provisional

Inmigración ilegal

Audiencia Provincial

RIESGO DE FUGA

Gravedad de las penas

1.AAP de Cádiz, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº 276/2019, de 20 de diciembre.

Delito de inmigración ilegal y tráfico de drogas con organización criminal. Ambos delitos superan los dos años.

Si retornamos nuevamente sobre las alegaciones del recurrente se apreciará que fueron muy escuetas y que no discutió realmente los hechos que se le atribuyen en la causa ni su encaje en las infracciones que se habrían entendido cometidas, que serían, a falta de mayor precisión, un delito contra la salud pública relativo a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas llevado a cabo mediante una organización y otro contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, también en el marco de una organización, previstos en los artículos 369 bis y 318 bis.3.a) del Código Penal. Ambos pueden ser castigados con penas que superan los dos años de prisión.

2.AAP de Málaga, secc.7ª, nº 139/2019, de 4 de octubre

Grave riesgo para la vida e integridad física con pena privativa de libertad desde 4 hasta un máximo de 8 años de prisión.

En primer lugar, los hechos revisten indiciariamente los caracteres de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en su modalidad agravada de riesgo para la vida o la integridad física de las personas objeto



de inmigración ilícita previsto y penado en el artículo 318 bis números 1º y 3º apartado b) del Código Penal castigado con pena privativa de libertad desde 4 años hasta un máximo de 8 años. Riesgo razonable derivado de las condiciones en que iba a verificarse el transporte proyectado.... En efecto la relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga -y, con ello, de frustración de la acción de la Administración de la Justicia- resulta innegable tanto por el hecho de que a mayor gravedad más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que a mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la Justicia

(...)

consta la gravedad del delito... De otro lado el delito imputado al recurrente se encuentra castigado con pena privativa de libertad desde 4 años hasta un máximo de 8 años.

3. AAP de Valencia, secc.2ª, nº 1008/2019, de 11 de octubre

La gravedad de las penas de posible imposición en un contexto personal de integración en organización criminal con falsificación de documentos para facilitar la inmigración irregular de ciudadanos extracomunitarios implica una gran facilidad para eludir la acción de la justicia.

El MF se opone, a su juicio concurren delitos de falsedad documental en documento oficial, organización criminal y un delito contra los derechos fundamentales de los extranjeros del art 318 bis3a) CP castigado con la pena de 4 a 8 años de prisión y se reitera en sus informes previos.

Riesgo que en este caso inicialmente concurre, vistas la infracciones indiciariamente de posible atribución y la gravedad de las penas que serían de posible imposición, máxime en el personal contexto personal que se perfila a través de los indicios, a saber, integración en organización criminal con falsificación de documentos para facilitar la inmigración irregular de ciudadanos extracomunitarios implica, una gran facilidad para eludir la acción de la justicia que no permite la adopción de medidas menos gravosas, sin perjuicio de las razones aducidas por la Jueza en el auto inicialmente



recurrido y en el que resuelve la reforma (pena, posición del recurrente en la organización, ausencia de arraigo suficiente).

Falta de arraigo

1.AAP de Vizcaya, secc.1ª, nº 90578/2019, de 16 de diciembre

Riesgo de fuga por la situación irregular del investigado y ausencia de trabajo y domicilio estable. Llevar menos de dos años en España no es un gran arraigo. Tampoco que su mujer que también está siendo investigada por esta causa y su hijo menor lleven en España desde hace al menos un año es prueba de arraigo ya que las condiciones desde su llegada a España han variado considerablemente. Ambos están siendo investigados por delitos de cierta gravedad.

En efecto, la Magistrada instructora fundamenta la medida únicamente en el riesgo de que, en caso de no adoptarse la medida recurrida, el investigado pudiera evadirse de la acción de la justicia, valorando para ello su situación irregular en España, el hecho de que no tenga trabajo ni domicilio estable, la gravedad de la pena que pudiera llegar a imponerse en su día, así como la facilidad para abandonar el país obviando los controles fronterizos teniendo en cuenta los hechos que se le imputan en el procedimiento.

Ninguna de las alegaciones vertidas en el recurso desvirtúa el fundamento de la resolución acordada: permanecer poco menos de dos años en el país no implica un gran arraigo en el mismo, ni el hecho de que su mujer (también investigada en la causa) y su hijo menor de edad se encuentren en el país desde hace menos de un año son prueba suficiente de dicho arraigo pues indudablemente las condiciones en el momento en el que llegaron a España han variado considerablemente, encontrándose ambos en el momento actual investigados por la presunta comisión de un delito de cierta gravedad; y ese riesgo de fuga, a la vista de las circunstancias del caso, no podría considerarse aplacado a través de medidas menos gravosas como podrían ser la retirada de pasaporte o la obligación de comparecencias "apud acta" teniendo en cuenta para ello especialmente la naturaleza de los hechos por los que tanto el recurrente como su esposa se encuentran investigados.



2. AAP de Málaga, secc.7ª, nº 139/2019, de 4 de octubre

Tener familia en Melilla con cuatro hijos a su cargo es un arraigo genérico. No tiene un especial arraigo económico al carecer de inmuebles o actividad laboral.

Este dato, debe ponerse en relación con otros relativos tanto a las características personales del inculcado- como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc.- como a las que concurren en el caso concreto objeto de enjuiciamiento.

(...)

Por último, es cierto que el recurrente es nacional español, con residencia en Melilla, donde habita con su familia, con cuatro hijos a su cargo, y pose otros vínculos familiares, todo ello, según se alega en el escrito del recurso. Sin embargo, el arraigo expuesto, es genérico y por sí sólo insuficiente para asegurar el mantenimiento a disposición de la justicia durante toda la tramitación del procedimiento. Además, tampoco se aprecia un especial arraigo económico en consideración a la ausencia de bienes inmuebles o desempeño de una actividad laboral

Indicios de la comisión del delito

1.AAP de Vizcaya, secc.1ª, nº 90578/2019, de 16 de diciembre

En efecto, la Magistrada de instancia realiza una minuciosa descripción de los hechos que se atribuyen a Casimiro, que podrían constituir delito continuado de favorecimiento de la Inmigración ilegal, con carácter agravado por la existencia de peligro para la vida de los migrantes, y los indicios con los que se cuentan para sostener, con la provisionalidad propia del momento procesal en el que nos encontramos, la participación en los mismos del investigado, derivándose del resultado de las vigilancias efectuadas por la Guardia Civil y las conversaciones telefónicas intervenidas,



así como del resultado de la diligencia de entrada y registro en su domicilio donde se localizó una importante cantidad de dinero en efectivo sin constar actividad laboral alguna ni por el investigado recurrente ni por su esposa, pareciendo dicho dato confirmar lo señalado en el Auto de 5 de noviembre de 2019 acerca de que el investigado recibía pagos a cambio de sus servicios de facilitación de la inmigración ilegal.

2.AAP de Málaga, secc.7ª, nº 139/2019, de 4 de octubre

Sospechas racionales de participación que derivan de la preconstituida de testigos que acredita la salida del recurrente de Marruecos, llegada organizada a Melilla, identificación del investigado por testigos como el patrón de la embarcación, informe de la Guardia Civil sobre capacidad y gasolina de la embarcación.

Y, en segundo término, la existencia de sospechas racionales de la participación criminal del recurrente en el delito investigado.

(...)

En el caso que nos ocupa, en el momento procesal en que nos encontramos y sin prejuzgar lo que definitivamente resulte, a diferencia de lo sostenido por la defensa del recurrente, las diligencias de investigación y pruebas preconstituidas de testigos y perjudicados por el hecho delictivo, las propias manifestaciones en sede policial del recurrente y los datos objetivos obtenidos de la diligencia de inspección ocular permiten afirmar la concurrencia de una serie de datos de hecho que fundadamente permiten afirmar:

1º.-La salida del recurrente el día de los hechos a bordo de la embarcación " DIRECCION000" en dirección a la PLAYA000 de Melilla donde se dirige hacia un grupo de personas que le hacía señas y le llamaban. Y su posterior interceptación cuando se alejaba del lugar por la patrullera del equipo de actividades subacuáticas - EAS - Guardia Civil la Guardia Civil que abordó la nave. Circunstancias reconocidas por el propio Alejo en su declaración en sede policial y que han corroborado los agentes de la Guardia Civil que avistaron las maniobras de la embarcación.



2º.-Llegada organizada procedente de Marruecos de un grupo de ocho personas de nacionalidad marroquí a la playa antes citada, previamente concertados con terceros para, a bordo de una embarcación que arribaría a dicho lugar, ser trasladados a la península española previo abono de un precio. Extremo relatado por todas las personas identificadas en sede policial a excepción de Matías. Declaración que con posterioridad ratificaron ante el Juzgado de Instrucción en prueba preconstituida celebrada al efecto en soporte audio-visual obrante en autos, Oscar, Pascual, Pedro, Porfirio y Roberto.

(...)

4º.- Identificación por Pascual y Pedro del recurrente como el encargado de llevar la embarcación hasta la península.

5º.-Comprobación por agentes de la Guardia Civil en la diligencia de inspección ocular de la nave intervenida de las siguientes circunstancias:

1ª.- El límite máximo autorizado de la embarcación es de cuatro personas.

2ª.-La zona autorizada de navegación de la embarcación no permite que se aleje más de cinco (millas de un abrigo o playa accesible).

3ªLa gasolina con la que contaba la embarcación al tiempo de su interceptación -depósito y 2 garrafas de 25 litros- resultan insuficientes para alcanzar costas peninsulares.

4ª.-A bordo de la embarcación solo se encontraron como medios de seguridad cuatro chalecos salvavidas, no se constató la existencia de ninguna señal de socorro (bengala), ni código de señales.

5ª.-El día 25 de julio de los corrientes, escasamente un mes antes de su interceptación, la embarcación tuvo que ser remolcada por Salvamento Marítimo por presentar problemas que le impiden regresar a puerto.

3. AAP de Valencia, secc.2ª, nº 1008/2019, de 11 de octubre

Indicios de que el acusado forma parte de una organización criminal dirigida a facilitar la inmigración irregular de ciudadanos hindúes, fingiendo ser parejas de mujeres en situación de residencia



legal en España, principalmente de nacionalidad rumana, pagando las migrantes grandes sumas de dinero a los miembros de la organización. De las escuchas se concluye que el acusado facilita a otro acusado contratos de trabajo y alquiler falsificados.

Yerra el apelante respecto a la última afirmación, por cuanto en la resolución impugnada consta expresa mención a la supuesta labor de Jose Antonio dentro de la organización, que el citado auto relaciona como supuestamente dedicada a facilitar la inmigración irregular de ciudadanos extracomunitarios a España, y que para ello sus integrantes estaban obteniendo el permiso de residencia por reagrupación familiar de ciudadanos de procedencia húngara, fingiendo ser parejas de mujeres en situación legal en España, principalmente de nacionalidad rumana, pagando los migrantes grandes sumas de dinero a los integrantes de dicha organización criminal. En particular infiere que el apelante se encargaría de facilitar a Felix -otro supuesto integrante de la organización- contratos de trabajo y de alquiler falsificados, determinando indicios racionales de criminalidad en las llamadas telefónicas intervenidas en fecha 6 de noviembre de 2018, 9 de noviembre de 2018 y 18 de diciembre del mismo año, en las que el mencionado Felix le pide un contrato de trabajo urgente, acordando que se lo mandará por la noche y en la última llamada, si bien Felix le pide a Jose Antonio un acta de divorcio y éste le dice que no tiene, el primero le dice que le compensará con cien euros si encuentra una.

Nos encontramos, por tanto, ante la existencia de indicios racionales sólidos, de que el investigado pudo haber participado en los hechos que se le imputan, y así se desprende de las investigaciones policiales realizadas, que ponen de manifiesto la posible comisión de un delito de integración en organización criminal, un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (castigado con pena entre 4 a 8 años) y un delito de falsedad documental.

Necesidad de evitar la reiteración de la conducta y la obstrucción a la justicia

1.AAP de Cádiz, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº 276/2019, de 20 de diciembre

El Auto de prisión no sólo se basa en el riesgo de fuga sino, mejor o peor expresado, en el riesgo de reiteración delictiva y obstrucción a la



justicia lo que no se conjura con medidas como la retirada del pasaporte o la fianza.

...tiene que hacerse hincapié es en que la apelación ha partido de que el único fin que justificaba la prisión provisional era el denominado riesgo de fuga. Sin embargo, como se ha indicado en el antecedente de hecho segundo, tal circunstancia no responde a la realidad. Ya se hubiera omitido conscientemente o se debiera a una inadecuada aplicación del artículo 506.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal notificarse el auto atacado al dictarse en una causa declarada secreta, que exige siempre que se comuniquen los objetivos que se persigan con la medida sufrida, razón por lo que no se ha tenido este Tribunal temor alguno a exponerlos abiertamente, lo cierto es que también se entendieron presentes, mejor o peor expresado, los de reiteración delictiva y de obstrucción a la acción de la Justicia. Ninguna de las cautelas alternativas previstas legalmente podría conjurar ni el uno ni el otro, muchos menos las interesadas formalmente en la apelación (fianza carcelaria, "*...retirada del pasaporte...*" con prohibición de salida del territorio nacional y comparencias ante un órgano judicial), pues sólo tienen virtualidad de cara a asegurar la presencia del apelante, no otra cosa, conforme con los artículos 530 534 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

DURACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

1.AAP de Málaga, secc.7ª, nº 139/2019, de 4 de octubre

Sólo lleva un mes en prisión provisional

En este sentido, el Tribunal Constitucional, siguiendo los pasos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha advertido que la legitimidad del mantenimiento de la prisión provisional se rige por el criterio condensado en la fórmula latinizada "*rebus sic stantibus*", esto es, de la inmutabilidad de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción; de modo que los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción no son necesariamente los mismos que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento. Debe tenerse presente al respecto que el mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga puesto que si bien es cierto que la gravedad de la pena que amenaza al imputado podría constituir en un



primer momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga, no contrarrestable con otras medidas de aseguramiento de menor intensidad coactiva, también lo es que este argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso.

Esta observación ha de matizarse necesariamente. Con el paso del tiempo, si, como consecuencia de la investigación preliminar, de la instrucción de la causa, se han ido acumulando fuentes de prueba de cargo, que acrecientan la atendibilidad de la imputación, y, consiguientemente, el riesgo de una futura condena, el peligro de fuga no disminuye, sino que aumenta en igual proporción.

Atendida la doctrina expuesta, en el presente caso consta ...la proximidad temporal entre la adopción de la medida cautelar y el momento presente.

Como se ha tenido ocasión de decir los hechos ocurren el día 20 de agosto del presente año, las diligencias previas se inician por auto del día 22 siguiente y ese mismo día se dictó el auto de prisión recurrido, contra el que se interpuso directamente recurso de apelación el día siguiente, de suerte que la apelación fue formulada cuando el recurrente llevaba en situación de prisión provisional un solo día. Mientras que entre esta fecha y la resolución del recurso ha transcurrido escasamente algo más de un mes. Duración alejada manifiestamente de los límites previstos en el artículo 504 LECrim.



V. PRUEBA

INMIGRACIÓN ILEGAL

B. TESTIFICAL. ATESTADO Y PERICIAL MÉDICA

B.1. TESTIFICAL DEL INMIGRANTE

Audiencia Provincial

Se acepta

1.SAP de Málaga, secc.7ª, con sede en Melilla, nº 42/2019, de 14 de noviembre

Y los propios inmigrantes admitieron lo penoso que resultó el trayecto, admitiendo uno haber sentido miedo porque si tenían un accidente no podría salir de allí.

2.SAP de Almería, secc.2ª, nº365/2019, de 23 de septiembre

No se da crédito al testigo protegido. Es un testigo único. Su condición de protegido dificulta valorar su credibilidad. No aparece la brújula y el testigo no justifica donde está. Los beneficios que pueda obtener con su delación obliga a ser cauteloso. Su testimonio no está corroborado por una foto en la que se le viera patronear. El testimonio de quien avistó la patera no es suficiente porque no vé al patrono. El testigo señala que vio a los acusados como patronos sólo de día. Pagó 1000 euros, pero no a los acusados que tampoco contribuyeron a la preparación de la embarcación, no inflaron la barca, ni llevaron gasolina.



Por otro lado, se trata de un testigo protegido, por lo que la limitación de datos sobre su identidad dificulta en cierto modo la aportación de circunstancias relevantes para valorar su credibilidad;

C) Se trata de un testigo único, pues efectuada una "ronda de entrevistas" con los miembros de la expedición, según manifestaron los agentes que declararon como testigos, ninguno de los otros y eso que ascendían a un número elevado, 56, refirió nada relevante sobre la participación en los hechos de los acusados;

D) No existe ninguna corroboración objetiva y externa a la propia declaración del testigo protegido, referida a la participación de los acusados que refuerce su verosimilitud, como podría ser alguna fotografía de la embarcación en la que pudiera percibirse quién la pilotaba; En este sentido la tenencia supuesta de la brújula no se acredita, no apareció en el barco, siendo negada por los acusados. El testigo protegido preguntado tampoco supo dar razón de su paradero. La testifical del sr Arturo, quien avistó la patera, tampoco sirve como prueba de cargo suficiente pues declaro que no vio quien patroneaba la embarcación ni quien llevaba la brújula.

E) Y, por último, se trata de una declaración que el tribunal a quo valora con especial prudencia y cautela dicho testimonio, a fin de descartar una motivación consistente en la obtención de los beneficios derivados de la delación.

Valoramos con cautela tal manifestación tras haber visionado la prueba preconstituida, y si bien no apreciamos existencia de móviles espurios entre el testigo y los acusados, así lo han manifestado también, no encontramos rasgos suficientes de verosimilitud para incriminarles. Ofrece detalles precisos, en cuanto a sus traslados en los que en momento alguno aparecen los acusados., limitándose a señalar detalles muy en sintonía con el modo habitual de organización de estas expediciones, sobre su extenso y accidentado viaje hasta lograr las costas españolas. A preguntas del Fiscal el testigo declaro que los acusados patroneaban la embarcación si bien efectuó un inciso, fue a partir de que se hizo de día cuando los vio, "durante la noche no". Aseguro en su declaración que mientras estaban en la playa los acusados no contribuyeron a la preparación de la embarcación, no inflaron barca, ni llevaron gasolina que fue tras preguntar los organizadores quien patroneaba cuando "levanto la mano" desconociendo a quien se refería o si era un tratamiento plural mal traducido. Ninguna relación estableció el testigo con los organizadores llegando a decir que no les dieron los acusados ninguna



indicación que fueron en Marruecos en el taxi cuando los organizadores le dijeron que no contara nada si la policía les detenía.

El testigo refirió haber hecho pago de los últimos 1.000 euros mediante una transferencia, en ningún caso a los hoy acusados, añadiendo que en la playa no vio a nadie solo al grupo que embarcaba, no vinculando a los acusados con la organización

Se trata, pues, de una actividad probatoria que no podemos considerar suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia

Al respecto, un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales en supuestos similares conduce a la conclusión de que las dificultades objetivas para la averiguación de los responsables a distintos niveles de la navegación en supuestos de introducción ilícita en territorio español por vía marítima justifican el favorecimiento de los testimonio prestados por las víctimas del delito enjuiciado, generalmente mediante la atribución de la protección propia de los testigos protegidos para evitar represalias, y mediante la atribución legal de beneficios en su tratamiento como inmigrantes irregulares.

3.SAP de Almería, secc.2ª, nº 523/2019, de 16 de diciembre

Aunque la colaboración de los testigos con las autoridades al identificar al patrón de la embarcación pudo proporcionarles algún beneficio su autenticidad queda fuera de toda duda. Estamos ante tres relatos acusatorios que coinciden entre sí. No contestaron de forma afirmativa o negativa construyendo un relato factico completo lo que hubiera dado lugar a sospechar, sino que de forma espontánea y desde un primer momento dieron detalles que confirmaron la declaración de los agentes

Además, nos encontramos con la prueba preconstituida obrante en los folios 33 y siguientes de las actuaciones, dónde constan las manifestaciones de los testigos protegidos 2,3 y 4, y a pesar como ya hemos dicho de la valoración de estas manifestaciones, en las mismas se afirma, en los tres casos, que eran dos personas las que guiaban la embarcación y que eran las dos únicas personas que llevaban ropa de pescadores, así como que las dos personas que llevaban la embarcación desde que salieron eran las dos detenidas.



La credibilidad de los testimonios que acabamos de resumir está fuera de toda duda, por más que la colaboración de los testigos con las Autoridades les puede suponer algún beneficio de cara a permanecer regularmente en España conforme a la legislación vigente, como apuntó la defensa a fin de desvirtuar este medio de prueba. Es determinante que no estamos ante un único relato acusatorio sino en presencia de tres que, además, concuerdan entre sí en lo esencial. Dado el número y la riqueza de los detalles que desde su primera declaración en sede policial facilitaron los testigos, se hace ciertamente difícil pensar que hubieran preparado sus declaraciones apartándose deliberadamente de la verdad para obtener un beneficio inconfesable. No se limitaron a dar respuestas afirmativas o negativas a preguntas que englobasen un relato fáctico completo, lo cual podría llevar a sospechar. Por el contrario, relataron de forma abierta lo sucedido y aportaron desde su primera declaración y de manera espontánea, como se ha dicho, la práctica totalidad de los datos que han venido a corroborar la versión de los Agentes actuantes sobre quiénes eran los patrones de la embarcación. Todo ello, como es natural, sin previo conocimiento de lo manifestado por los demás y sometándose al interrogatorio cruzado del letrado de la defensa. Todas estas circunstancias refuerzan la credibilidad de los testimonios y permiten razonablemente descartar toda sospecha de mendacidad.

Se rechaza

1.SAP de Almería, secc.2ª, nº365/2019, de 23 de septiembre

No se da crédito al testigo protegido. Es un testigo único. Su condición de protegido dificulta valorar su credibilidad. No aparece la brújula y el testigo no justifica donde está. Los beneficios que pueda obtener con su delación obliga a ser cauteloso. Su testimonio no está corroborado por una foto en la que se le viera patronear. El testimonio de quien avistó la patera no es suficiente porque no vé al patrono. El testigo señala que vio a los acusados como patrones sólo de día. Pagó 1000 euros, pero no a los acusados que tampoco contribuyeron a la preparación de la embarcación, no inflaron la barca, ni llevaron gasolina.

Por otro lado, se trata de un testigo protegido, por lo que la limitación de datos sobre su identidad dificulta en cierto modo la aportación de circunstancias relevantes para valorar su credibilidad;



C) Se trata de un testigo único, pues efectuada una "ronda de entrevistas" con los miembros de la expedición, según manifestaron los agentes que declararon como testigos, ninguno de los otros y eso que ascendían a un número elevado, 56, refirió nada relevante sobre la participación en los hechos de los acusados;

D) No existe ninguna corroboración objetiva y externa a la propia declaración del testigo protegido, referida a la participación de los acusados que refuerce su verosimilitud, como podría ser alguna fotografía de la embarcación en la que pudiera percibirse quién la pilotaba; En este sentido la tenencia supuesta de la brújula no se acredita, no apareció en el barco, siendo negada por los acusados. El testigo protegido preguntado tampoco supo dar razón de su paradero. La testifical del sr Arturo, quien avistó la patera, tampoco sirve como prueba de cargo suficiente pues declaro que no vio quien patroneaba la embarcación ni quien llevaba la brújula.

E) Y, por último, se trata de una declaración que el tribunal a quo valora con especial prudencia y cautela dicho testimonio, a fin de descartar una motivación consistente en la obtención de los beneficios derivados de la delación.

Valoramos con cautela tal manifestación tras haber visionado la prueba preconstituida, y si bien no apreciamos existencia de móviles espurios entre el testigo y los acusados, así lo han manifestado también, no encontramos rasgos suficientes de verosimilitud para incriminarles. Ofrece detalles precisos, en cuanto a sus traslados en los que en momento alguno aparecen los acusados., limitándose a señalar detalles muy en sintonía con el modo habitual de organización de estas expediciones, sobre su extenso y accidentado viaje hasta lograr las costas españolas. A preguntas del Fiscal el testigo declaro que los acusados patroneaban la embarcación si bien efectuó un inciso, fue a partir de que se hizo de día cuando los vio, "durante la noche no". Aseguro en su declaración que mientras estaban en la playa los acusados no contribuyeron a la preparación de la embarcación, no inflaron barca, ni llevaron gasolina que fue tras preguntar los organizadores quien patroneaba cuando "levanto la mano" desconociendo a quien se refería o si era un tratamiento plural mal traducido. Ninguna relación estableció el testigo con los organizadores llegando a decir que no les dieron los acusados ninguna indicación que fueron en Marruecos en el taxi cuando los organizadores le dijeron que no contara nada si la policía les detenía.



El testigo refirió haber hecho pago de los últimos 1.000 euros mediante una transferencia, en ningún caso a los hoy acusados, añadiendo que en la playa no vio a nadie solo al grupo que embarcaba, no vinculando a los acusados con la organización

Se trata, pues, de una actividad probatoria que no podemos considerar suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia

Al respecto, un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales en supuestos similares conduce a la conclusión de que las dificultades objetivas para la averiguación de los responsables a distintos niveles de la navegación en supuestos de introducción ilícita en territorio español por vía marítima justifican el favorecimiento de los testimonio prestados por las víctimas del delito enjuiciado, generalmente mediante la atribución de la protección propia de los testigos protegidos para evitar represalias, y mediante la atribución legal de beneficios en su tratamiento como inmigrantes irregulares.

B.2. TESTIFICAL DE POLICIA O GUARDIA CIVIL

Audiencia Provincial

1.SAP de Almería, secc.3ª, nº444/2019, de 19 de diciembre

El agente de policía nacional da una explicación lógica, clara y detallada de su actuación. Relata como los testigos protegidos dijeron que había un piloto y otro que llevaba la brújula y que dichas personas, antes de salir, hablaron con los organizadores. Nadie pretendió hablar con los agentes. Es policía la que elige con quien entrevistarse. Ambos testigos reconocen fotográficamente a los dos acusados.

Más relevante resultaron las explicaciones del agente de la policía nacional nº NUM012 instructor del atestado, quien dio explicación lógica, clara y detallada de su actuar, como recibió la comunicación de la llegada de la patera, rescatada en alta mar. Refería como se entrevistan con los ocupantes, y como dos de ellos, los actuales testigos protegidos, dijeron que había un piloto y otro que llevaba la brújula, y que dichas personas, antes de salir, hablaron con los organizadores. Destacaba que las entrevistas con los



ocupantes de la patera, se hizo de forma aleatoria, sin que nadie pretendiese hablar con los agentes, sino que son los agentes de la policía, quienes eligen con quien entrevistarse. De igual modo señalaba que ambos testigos reconocen fotográficamente a los dos acusados, en el anexo fotográfico que se les exhibe, por que procedieron a su detención.

2.SAP de Almería, secc.2ª, nº 523/2019, de 16 de diciembre

Testimonio preciso del guardia civil que identifica a los acusados como patrones de la embarcación. No se puede dudar del reconocimiento porque hubo una breve persecución en la que durante tiempo cierto estuvo cerca de los acusados. El contenido de su declaración coincide con lo dicho en el atestado. Su testimonio es confirmado por otro compañero.

En concreto hemos de señalar que esencialmente basada en la declaración de los dos Agentes de la Guardia Civil que han depuesto en el Plenario y que son parte del operativo que se preparó esa noche para interceptar la embarcación.

En concreto, en primer lugar la del Agente nº NUM003, quien señaló de forma rotunda a los dos acusados como las personas que patroneaban la embarcación en la que pretendían introducir a diez inmigrantes, de la que no podemos dudar en ese reconocimiento porque hubo una pequeña persecución en la que durante cierto tiempo estuvo cerca de los acusados, por lo que no puede haber error en la misma, ya que incluso después de detenerse la embarcación que guiaban los acusados, volvió de nuevo a intentar iniciar la huida.

Estas manifestaciones hechas en el Plenario son idénticas a las que mantuvo en el informe que realizó en el atestado, en concreto en el folio 12 de las actuaciones, en el cual se ha ratificado, en el que llega a describir a los dos acusados señalando que uno de ellos iba a la caña con traje de agua naranja y el otro acusado le daba indicaciones con pantalón de agua verde le daba indicaciones, siendo a la vez éste segundo, quien tras pararse intentó volver a darse a la fuga.

Para a continuación en el folio 13 afirmar que Juan Francisco era el que vestía pantalón verde, una vez que lo identifica ya en tierra, y el de traje



naranja, aunque allí se identifica como Martin, resultó ser el otro acusado, en concreto Alexander.

Este testimonio es mantenido en igualdad de detalles por el otro Agente que ha depuesto en el Plenario, el nº NUM004, que viene a corroborar todo lo dicho por su compañero y que también iba en la embarcación de la Guardia Civil que interceptó la embarcación que patroneaban los acusados.

Como ya hemos dicho, con estos dos testimonios tendríamos más que suficiente para enervar la presunción de inocencia de los acusados, al ser una prueba contundente y absolutamente creíble.

B.3.PRUEBA PRECONSTITUIDA O ANTICIPADA

Audiencia Provincial

1.SAP de Almería, secc.3ª, nº444/2019, de 19 de diciembre

Validez de la prueba preconstituida ante la posibilidad de que el testigo no pudiera declarar en juicio al ser un extranjero en situación irregular que podía ser expulsado. La defensa no se opuso. La declaración fue leída por el Letrado de la Administración de Justicia en la vista oral.

Ambos testigos no declararon en la vista, pues aun cuando su citación fue intentada por este Tribunal, las mismas fueron infructíferas como reflejó el oficio policial de fecha 4 de diciembre de 2019, habiéndose incluso realizado las citaciones por edictos. Por ello, y dado que ante la posibilidad de que dicha circunstancia ocurriera, al tratarse de personas de nacionalidad extranjera que podrían resultar expulsadas de nuestro país, se practicó una prueba preconstituida, a la que ninguna oposición realizó la defensa, y que es plenamente ajustada a derecho, habiéndose incluido dicha declaración en el acto de la vista oral, mediante su lectura por el Letrado de la Administración de Justicia, y, por tanto, siendo plenamente legal.



B.3.ter.INFORME POLICIAL

Audiencia Provincial

1.SAP de Málaga, secc.7ª, con sede en Melilla, nº 42/2019, de 14 de noviembre

Informe de Guardia Civil sobre las condiciones del habitáculo en que viajan los inmigrantes.

el caso que ahora nos concierne existe un completo informe de los agentes de la Guardia Civil sobre las características del habitáculo del que fueron extraídos los inmigrantes (folios 26 y ss). Se trataba de un hueco de 120 cms de largo por 25 de ancho y 72 de altura; disponía de unos pequeños huecos en la chapa para ventilación, y estaba cercano al tubo de escape y al improvisado depósito de gasolina, colocado en el interior de la rueda de repuesto. No era posible la salida sin la ayuda de una tercera persona.

C.RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO O EN RUEDA

Audiencia Provincial

1.SAP de Almería, secc.3ª, nº444/2019, de 19 de diciembre

Validez de que, en el reconocimiento fotográfico, policía exhiba sólo las fotografías de las personas que iban en la patera y no de terceras personas ajenas, pues lo que se pretende es identificar a los presuntos pilotos de la embarcación.

Impugnaba la defensa el reconocimiento fotográfico, sin que ningún reproche merezca el mismo. Es evidente y lógico que se les exhibieran solo las fotografías de las personas que iban en la patera y no de terceras personas ajenas, pues lo que se pretendía era identificar a los posibles pilotos de la embarcación. La exhibición de fotografías del modo expresado por el agente de la Policía Nacional NUM012, con las fotografías obtenidas de los ocupantes de la patera era el modo más lógico, correcto y adecuado de



verificar la identidad que se pretendía. De igual modo, hemos de recordar que los dos testigos, volvieron a reconocer en sede de instrucción a los acusados, en el desarrollo de una prueba preconstituida, es decir, como si fuera parte del juicio oral, siendo el reconocimiento directo plenamente adecuado.

H. DOCUMENTAL

Audiencia Provincial

. SAP de Almería, secc.2ª, nº 523/2019, de 16 de diciembre

Ausencia de valor probatorio de la prueba documental presentada en el juicio en que unas personas que supuestamente iban en la embarcación interceptada, señalan a una persona distinta del acusado como patrón. No se sabe como se obtuvo el documento y quienes son esas personas ya que las mismas no han sido propuestas como testigos.

No obstante señalaremos que la prueba documental presentada en el Plenario de personas que se dice que iban en la embarcación interceptada, señalando a otra persona como la que guiaba la embarcación, al desconocer cómo se obtuvo, quienes son esas personas, y no haber sido propuestas como testigos, no le podemos dar relevancia alguna, sin olvidar que las defensas no presentaron escrito de defensa y en el acto previo solo presentaron como prueba los escritos ya mencionados, de los que como decimos desconocemos absolutamente su autoría, del que sólo se indica que fue tal Romeo.

PRUEBA DEL DELITO DE OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

B. CONDICIÓN DE TRABAJADORES

Audiencia Provincial

1.SAP de Pontevedra, secc.4ª, nº 52/2019, de 11 de octubre



Discrepancias entre el Anexo de la Inspección de Trabajo y la Tesorería General de la Seguridad Social sobre trabajadores dados de alta. No se ha llevado a cabo prueba por lo que no se conoce cuál es el dato exacto. Debe tomarse el número que más favorece al acusado. En ambos casos no se alcanza el 50 por cien de la plantilla.

Deben además descontarse cuatro personas computadas como trabajadoras de alterne ya que una Sentencia del Juzgado de lo Social ha señalado que su relación con el club no era laboral.

Y, a este respecto, dice el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación definitiva que de los 41 trabajadores que el día 23/10 se hallaban en el interior del Club, solamente 13 de ellos estaban regularizados, esto es, estaban dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, hallándose las 28 trabajadoras restantes sin dar de alta, por lo que el porcentaje del 50% al que alude el tipo se cumple con creces.

Sin embargo, el Tribunal, examinada la causa, no puede llegar a la misma conclusión.

(...)

... de la documental obrante en la causa, resulta que en el informe anexo a las actas de infracción levantadas por las Subinspectoras de Empleo y Seguridad Social que giraron visita de inspección al Club Peinador el 23 de octubre de 2014, debidamente ratificado en sede plenaria por sus autoras, se afirma (folio 65 del Tomo I) que "la empresa dispone de 28 trabajadores dados de alta en la Seguridad Social"; luego, partiendo de este dato, la totalidad de los trabajadores que prestaban servicios para Josphfran SL eran, además de esos 28, otras 28 trabajadoras más (presuponiendo su condición de trabajadoras a los efectos que ahora nos ocupan) que se hallaban en el local en situación irregular (las 22 que no estaban dadas de alta en la SS y las otras 6 que, además, carecían de permiso de trabajo). Por lo tanto, el nº total de trabajadores según estos datos sería de 56, no los 41 a los que alude el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones definitivas. Atendiendo a ello, el nº de trabajadoras irregulares (28 según actas de infracción) sería exactamente del 50% y, por lo tanto, a priori, sería de aplicación el tipo penal.

Ahora bien, de la misma documental obrante en la causa, -folios 126 y siguientes y 133 y siguientes-, resulta que de esas 28 personas en situación irregular, 4 de ellas, en concreto, Enriqueta, NIE NUM001, Isabel, NIE



NUM002, Inocencio, NIE NUM003, y Matilde, NIE NUM004, en virtud de sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social N° 1 y 3 de Vigo en fechas 10/05/2013 (confirmada por STSXG de fecha 16/01/15) y 19/04/2013, respectivamente, deben quedar fuera de ese cómputo al haberse declarado en esas sentencias que esas cuatro personas, realizando la misma actividad que la que ahora se les atribuye (alterne), no tenían relación laboral con la empresa JOSMIFRAN S.L. En consecuencia, si de las 28 trabajadoras, -insistimos, presuponiendo su condición de trabajadoras-, que se hallaban en el Club Peinador sin dar de alta en la Seguridad Social, hay que excluir a las cuatro mencionadas, resulta que el total de las trabajadoras que se hallaban en situación irregular sería de 24 y por lo tanto no se alcanzaría el porcentaje del 50% al que alude el tipo delictivo, con lo que al faltar uno de los requisitos del tipo no podríamos hablar de infracción penal.

Y, a la misma conclusión llegaríamos si en lugar de tomar como referencia los 28 trabajadores que según el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al que hemos aludido, se hallaban dados de alta en el Régimen General, se toma, como punto de partida para realizar el cómputo del 50%, el n° de 21 trabajadores que según el informe emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social, Dirección Provincial de Pontevedra, se hallaban de alta en el mes de octubre de 2014 adscritos a la empresa JOSMIFRAN S.L., (folios 379 y siguientes del Tomo II). Sobre este extremo ninguna prueba se practicó en sede plenaria por lo que el Tribunal desconoce cuál es el dato correcto; en cualquier caso, nunca podría realizarse una interpretación contraria a reo.

En efecto, en este último supuesto (21 trabajadores en situación regular) el número total de trabajadores de JOSMIFRAN SL sería de 49 y el 50% sería de 24,5. Teniendo 24 trabajadoras en situación irregular (excluidas las 4 a las ya hicimos referencia al haberse declarado por la jurisdicción social, respecto de ellas, la inexistencia de relación laboral), tampoco se alcanzaría el porcentaje del 50% exigido por el tipo delictivo.



VIII. OTRAS CUESTIONES

A. INMIGRACIÓN ILEGAL

Audiencia Provincial

1. AAP de Cádiz, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº 268/2019, de 11 de diciembre

Se estima la apelación contra el auto de procesamiento dictado en el marco de un delito de inmigración ilegal con organización criminal. En el relato de hechos de dicho auto no se efectúa referencia alguna al recurrente procesado.

No es suficiente la respuesta del Juez de Instrucción en el recurso de reforma que justifica el procesamiento en base a los indicios existentes en instrucción ya que se tratan de meras sospechas como demuestra que han sido introducidas por el instructor bajo la fórmula "hacen pensar (...) pudiera tener (...)". Si el Juez entiende que ante los indicios procedía el procesamiento contra el recurrente debió modificar el Auto de procesamiento y corregir la omisión.

Podemos definir el auto de procesamiento como el acto formal de imputación efectuado por un Juez de Instrucción, a una persona determinada, de ser presunto autor de un hecho delictivo concreto grave.

El artículo 384 LECrim exige como presupuesto para dictar auto de procesamiento (esto es, la resolución judicial con la que así se acuerda), que exista "algún indicio racional de criminalidad" contra determinada persona y su contenido debe incluir la persona o personas a las que se procesa, además de la relación circunstanciada de los hechos que se les atribuyen, su calificación jurídica provisional del delito que habrían cometido, y las medidas cautelares que se considere conveniente, por lo que podemos considerar que es una resolución constitutiva, que puede adoptarse en cualquier momento de la instrucción tan pronto surjan indicios racionales de criminalidad respecto de una determinada persona y que no tiene carácter definitivo, pues puede dejarse sin efecto si desaparecen dichos indicios.



Debe, en todo caso, ser una resolución motivada fáctica y jurídicamente aun cuando su contenido no es vinculante y se configura como un presupuesto necesario para que se pueda pasar a la fase de juicio oral y acusar en ella a un determinado sujeto.

El Tribunal Constitucional (STC 666/1989) ha precisado que para poder dictar auto de procesamiento se requiere que nos encontremos ante unos hechos o datos básicos que sirvan racionalmente de indicios de una conducta calificada como delictiva, esto es, hechos sobre los que quepa una sospecha fundada de autoría de una persona concreta, precisando, en el ATC 289/1984, que los citados indicios han de consistir en datos fácticos que «representando más que una mera posibilidad y menos que una certeza, supongan por sí mismos la probabilidad de la comisión de un delito (A.TC 289/84).

El procesamiento no delimita el objeto del proceso, pero la base fáctica del mismo no puede ser desconocida por las partes ni por el Tribunal, de modo que no cabe acusar o condenar, respectivamente, por hechos distintos de los que motivaron el procesamiento y la posterior apertura del juicio oral. Otra cosa supondría situar al sujeto pasivo del proceso en manifiesta indefensión. No es posible acordar la apertura del juicio oral ni acusar por hechos distintos de los contenidos en el auto de procesamiento, si no se solicita y se acuerda previamente la ampliación del procesamiento por tales hechos (lo que se efectuará, en su caso, mediante la revocación del auto de conclusión del sumario).

(...)

Teniendo en cuenta cuanto ha quedado expuesto en el fundamento anterior, comprobado que efectivamente que en el Auto impugnado no existe referencia fáctica alguna a la persona de la ahora apelante que pudiera revelar la existencia de algún tipo de indicio en su contra, procede la estimación del recurso y la revocación de la resolución de instancia en lo que se refiere al procesamiento de Amalia.

Y es así porque ante la evidencia de la omisión denunciada, no puede resultar de recibo lo argumentado en el auto que resuelve el previo recurso de reforma justificando el procesamiento en los supuestos indicios derivados de la instrucción que no han tenido reflejo en la relación fáctica del auto apelado y que en todo caso, tampoco podrían considerarse como complemento del relato de hechos indiciarios imprescindible para el procesamiento puesto que



lo que allí se dice no constituye tales indicios sino más bien, meras sospechas, que incluso han sido introducidas por el instructor bajo la fórmula "hacen pensar (...) pudiera tener (...)", unido además al hecho ya indicado en el fundamento anterior se ha adherido al recurso, solicitando igualmente que se deje sin efecto el procesamiento de la ahora apelante.

Conviene añadir que, si el instructor efectivamente entendía que procedía el procesamiento cuestionada por la existencia de indicios en contra de Amalia, debía haber corregido adecuadamente su Auto de procesamiento subsanando la omisión padecida.

2.AAP de Álava, secc.2ª, nº 418/2019, de 30 de septiembre

No procede el sobreseimiento libre. Existen en la instrucción indicios suficiente para estimar que los investigados actuaban como supuestos empleadores de los recurrentes y otros más que facilitaban la legalización de la residencia de extranjeros (entre otros, los hoy apelantes) mediante documentación falsa (esencialmente, contratos de trabajo), obteniendo un lucro por la referida actividad. La estructura investigada apunta más al grupo que a la organización criminal. Las alegaciones exculpatorias de los recurrentes, nada descabelladas, deben exponerse en el juicio oral.

Entre sí, y con carácter fundamental, no es descabellado inferir, de las declaraciones de los investigados y de la documental obrante en autos, sobre todo, la documentación laboral y administrativa recabada por la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, y que ha reseñado la juez "a quo" en la resolución atacada, que en la fecha de autos operaban en España parte de los investigados (entre otros, los Sres. Nemesio y Florinda, como supuestos "empleadores" de los recurrentes y otros más) que facilitaban la legalización de la residencia de extranjeros (entre otros, los hoy apelantes) mediante documentación falsa (esencialmente, contratos de trabajo), obteniendo un lucro por referida actividad (caso, por ejemplo, de la recurrente Cristina).

En definitiva, el auto dictado cumple su función y resulta razonable, existiendo en la causa material instructor, globalmente considerado, en el que afloran indicios suficientes como para no decretar el sobreseimiento de las actuaciones respecto de los recurrentes como se interesa por mor de los recursos interpuestos y sí, por el contrario, permitir que la acusación exteriorice su consideración jurídica y procesal sobre los hechos (lo que deja



entrever al impugnar los recursos formulados), frente a lo cual, y si bien no resultan descabelladas las alegaciones exculpatorias de los recurrentes respecto de los hechos que se le imputan, no obstante, tendrán toda su eficacia en el debate que se suscite en el eventual acto del juicio oral y no en este estadio procesal en que nos encontramos.

Sólo un apunte. Con vistas a esa futura acusación que se cierna sobre los hechos, en concreto, su consideración jurídica, ni de las diligencias de investigación practicadas, ni lo más importante, del auto combatido que fija los hechos punibles, parece desprenderse una " organización criminal", ex art. 318 bis. 3 a) del Cp. A lo más, según se infiere del auto recurrido, estaríamos ante la existencia de un grupo de personas (que no una organización) que se dedicaban directa o indirectamente a favorecer la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros valiéndose de documentación falsa y obteniendo un lucro por ello.

No debe olvidarse que dicho precepto en orden a qué debe entenderse por " organización delictiva" es tributario del concepto legal descrito en el artículo 570 bis introducido por la LO5/2010 de 22 de junio en cumplimiento de la Decisión Marco de la UE 2008/841JAI de 24 de octubre y la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000, de manera que la aplicación del tipo agravado requiere que pueda predicarse de las personas que comentan un delito determinado que reúnan los requisitos contenidos en la definición legal de " organización criminal", esto es, que se trate de una *" agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos,"* (art. 570 bis 1. párrafo segundo) en la que se distingue a efectos de pena entre *" quienes la promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren"* y entre *quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma";* y lo anterior, no parece concurrir en el caso de autos; no se aprecia una existencia de una estructura más o menos normalizada y establecida en alguna medida jerárquicamente; o uso (para cometer los delitos) de medios extraordinarios y poco habituales en el sentido interpretativo que doctrina y jurisprudencia han proporcionado a los mismos sino uno tan simple como lo es el recurso a la documentación falsa; o una pluralidad de personas previamente concertadas; o una distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones, etc. (SSTS entre otras nº



322/13 de 16 de abril de 2013 y 157/2014 de 5 de marzo). Como decíamos, tampoco se precisa en el relato de hechos punibles.

Y con esta salvedad, concluimos. Nótese que el Auto examinado ni es ejercicio de la acción penal, ni mucho menos declaración de responsabilidad penal a cargo de los investigados a quienes, como no puede ser de otra manera, les sigue amparando la presunción de inocencia.

La decisión de sobreseimiento en este momento procesal, que pretenden los recurrentes, máxime si es el "libre", sólo es adecuada en los supuestos en que exista una claridad absoluta sobre la ausencia de participación en los mismos de los investigados, la atipicidad de los hechos o sobre su insuficiente justificación, lo que, a tenor de lo relatado, no ocurre en este caso.