



BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

INMIGRACIÓN ILEGAL. ART.318 BIS CP

OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EXTRANJEROS.ART. 311 BIS

Julio a Diciembre de 2016

INDICE

I. NOTA PRELIMINAR.....	p.4.
II. APLICACIÓN RETROACTIVA.....	p.5.
II. Bis. COMPETENCIA.....	p.10.
III. INMIGRACIÓN ILEGAL.....	p.13.
A. TIPO BASICO.....	p.13.
A.1. AYUDA A LA ENTRADA CLADESTINA DE INMIGRANTES POR MAR O TIERRA O AL TRANSITO	
A.2. AYUDA A LA ENTRADA FRAUDULENTA 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. SIMULACIÓN DE OTRO VINCULO FAMILIAR	
A.2.3. CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN LABORAL	
A.3.AYUDA A LA PERMANENCIA.	
a. CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN DE PARENTESCO	
a.1. MATRIMONIO DE CONVENIENCIA	

a.2. SIMULACIÓN DE OTRO VINCULO FAMILIAR	
b . CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN LABORAL	
B. SUBTIPOS AGRAVADOS.....	p.14.
B.1.PUESTA EN PELIGRO.....	p.14.
a. En embarcación.....	p.14.
b. En vehículo a motor	
B.2 .ANIMO DE LUCRO	
C. SUBTIPO ATENUADO	
D. PARTICIPACIÓN.....	p.15.
E. ÁNIMO SUBJETIVO.....	p.17.
IV.OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EXTRANJEROS	
A. TIPO BASICO	
B. TIPOS CUALIFICADOS	
V. PRUEBA.....	p.18.
A. DECLARACIÓN DEL ACUSADO.....	p.18.
B. TESTIFICAL.....	p.20.
B.1.TESTIFICAL DEL INMIGRANTE.....	p.20.
B.2.TESTIFICAL DE GUARDIA CIVIL.....	p.21.
B.2.BISTESTIFICAL DE TERCEROS.....	p.23.
B.3.PRUEBA PRECONSTITUIDA O ANTICIPADA	
B.4.OTRAS CUESTIONES	
C. RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO O EN RUEDA	
D. INTERPRETE	
E. VIDEOCONFERENCIA	
F. ESCUCHAS TELEFONICAS	
F.1.INDICIOS VALIDOS PARA AUTORIZAR LA ESCUCHA	
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. OTRASPRUEBAS	

VI. PENA APLICABLE

A. INMIGRACIÓN ILEGAL

B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

VII. RESPONSABILIDAD CIVIL.....p.26

VIII. OTRAS CUESTIONES

IX. OTROS DELITOS RELACIONADOS

A. BLANQUEO

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 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 firmes de Audiencias Provinciales en materia de inmigración ilegal y ocupación colectiva ilegal de trabajadores extranjeros.

Algunas de las cuestiones más interesantes que se analizan son:

La investigación de las labores de rescate realizadas en aguas internacionales corresponde provisionalmente al Juez que tuvo conocimiento inicialmente de la noticia criminis. ATS de 14 de diciembre de 2016 (Recurso 20717/2016).

La competencia corresponde al Juez donde se ha investigado los fraudes en las autorizaciones de residencia y no el del lugar en que se ha contraído un matrimonio de conveniencia. ATSJ de Andalucía (Sala de lo Civil y Penal) con sede Granada nº78/2016, de 10 de octubre.

Aplicación retroactiva del tipo básico del art.318 bis al ser norma más favorable por no concurrir las circunstancias de la trata. STS nº659/2016, de 19 de julio.

No se aplica retroactivamente la norma en el subtipo agravado de peligro contra la vida e integridad física. La pena fijada con arreglo a la ley actual podía haber sido impuesta con arreglo a la legislación anterior. STS nº736/2016, de 5 de octubre.

El envío de dinero a mujeres en Paraguay para comprar billetes de avión a España y simular en frontera ser turista significa que conocía que iban a ejercer la prostitución pues no hay otra posibilidad que justifique tal comportamiento con personas con las que no se tiene relación previa alguna. STS nº659/2016, de 19 de julio.

El que no se acusara por la muerte de un bebé en una patera ocurrida durante la travesía por mar no significa que no se generara un peligro apto para aplicar el subtipo agravado de puesta en peligro de la vida de la persona. STS nº736/2016, de 5 de octubre

Se aprecia el subtipo agravado aunque llevaran móvil y alguno de los viajeros tuviera salvavidas o los ocupantes no temieran por sus vidas. Iban 43 personas, sin

comida ni agua y tuvieron que ser rescatadas. Tenían un GPS que dejó de funcionar y carecían de otros elemento de navegación ATS nº1610/2016, de 10 de noviembre.

No hay complicidad si hay un dominio funcional del hecho. Ello ocurre quien en una patera toma el mando y asegura que los ocupantes obedezcan las órdenes de los acusados. ATS nº1610/2016, de 10 de noviembre

No hay complicidad en quien envía dinero a mujeres para que entren en España como turistas sabiendo que van a ejercer la prostitución ya que hay un dominio funcional del hecho. STS nº659/2016, de 19 de julio

El haber sido puesto en libertad en un CIE no afecta a la credibilidad del testimonio del testigo. ATS nº1610/2016, de 10 de noviembre.

El índice que antecede el resumen jurisprudencial es un estándar que se viene utilizando (sin perjuicio de las ampliaciones que se requieran) con carácter general en las sucesivas entregas, por lo que no siempre se encontrarán resoluciones de todos sus epígrafes.

Esperamos que la nueva selección extractada de sentencias pueda ser de interés y utilidad práctica.

II. APLICACIÓN RETROACTIVA

Tribunal Supremo

1.STS nº659/2016, de 19 de julio

Aplicación retroactiva del tipo básico del art.318 bis al ser norma más favorable

La conducta del recurrente, tal como aparece descrita en los hechos probados de la sentencia impugnada, resulta subsumible en el actual artículo 318 bis, 1, pues efectivamente, mediante el envío de dinero, ayuda a personas no nacionales de Estados de la Unión Europea, a entrar en España como turistas cuando en realidad vienen a ejercer la prostitución, vulnerando, por lo tanto, la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros. Pero no concurren las circunstancias previstas en el artículo 177 bis, por lo que el anterior precepto resulta norma más favorable que debe ser aplicada retroactivamente, tal como prevé el artículo 2.2 del C. Penal.

2. STS nº736/2016, de 5 de octubre

No procede la revisión al aplicarse el subtipo agravado de puesta en peligro para la vida e integridad física de las personas. La pena recaída de ocho años de prisión podría imponerse también con arreglo a la nueva legislación.

En la sentencia objeto de revisión la recurrente fue condenada por el delito previsto en el art. 318 bis del C. Penal como autora responsable de un delito continuado contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho años de prisión, y como autora de seis delitos de prostitución coactiva, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena, por cada uno de ellos, de tres años de prisión y multa de 15 meses, con una cuota diaria de diez euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas de multa no satisfechas, a la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una séptima parte de las costas procesales.

Los hechos por los que fue condenada se centraron en que la ahora recurrente intervino en la introducción en España de forma clandestina de varias mujeres de nacionalidad nigeriana, que fueron conminadas a dedicarse a la prostitución para pagar las importantes sumas de dinero que les exigieron las personas condenadas como pago de su transporte clandestino. Debido a que tal conducta se realizó con ánimo de lucro y también en algunos casos poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad física de las personas por ser transportadas en patera, se le aplicó el apartado 3 del art. 318 bis del C. Penal vigente en el momento de la ejecución de los hechos (año 2008).

En el fundamento de derecho sexto de la sentencia objeto de revisión se especifica que las procesadas, además de actuar con ánimo de lucro, también quedó acreditado en los casos de las testigos-víctimas números NUM002, NUM003, NUM004y NUM001el grave riesgo para la vida de las inmigrantes, resaltando que fue especialmente dramático el caso de la testigo protegida nº NUM001, ya que perdió su bebé durante la travesía.

Pues bien, la recurrente intervino en los actos relativos a la inmigración clandestina de esas cuatro testigos-víctimas, por lo que, tal como se dice en la sentencia, la subsunción de su conducta en el subtipo agravado del apartado 3 del art. 318 bis no sólo se debió al ánimo de lucro con que actuó sino también al riesgo que se generó para las personas que viajaban en las pateras, una de las cuales era el bebé de la testigo nº NUM001, que falleció en el curso del viaje.

Así las cosas, si bien con respecto al tipo penal básico del art. 318 bis del C. Penal la nueva redacción del año 2015 ha reducido la pena a un máximo de un año de prisión o, alternativamente, una pena de multa, ha mantenido sin embargo como subtipo agravado en el apartado 3 b) el hecho de que se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves, estableciéndose para tales casos una pena de prisión que abarca desde cuatro a ocho años. Y como la impuesta a la recurrente fue de ocho años de prisión (dentro de un subtipo que comprendía en este caso de 6 a 8 años), es claro que la pena fijada en la sentencia revisada (ocho años de prisión) era también imponible con arreglo al nuevo texto legal. Por lo cual, la aplicación de la disposición transitoria segunda de la LO 1/2015 realizada por la Audiencia se ajusta a derecho.

Frente a ello alega la parte como único argumento de derecho penal sustantivo que en el caso de que la Audiencia hubiera apreciado que existía riesgo para la integridad de las personas transportadas a España, habrían sido condenadas las acusadas también por un delito de homicidio por la muerte del bebé, siendo lo cierto que tal condena no se ha pronunciado.

La tesis de la recurrente no puede sin embargo acogerse. En primer lugar, porque es incuestionable que la sentencia objeto de revisión contempla también el subtipo agravado de riesgo para la vida, la salud o la integridad física de las inmigrantes que viajaron en patera, subsunción que no cabe impugnar ahora a través del trámite de revisión de una sentencia firme debido a una modificación de la norma penal que podría favorecer a la penada.

No hay infracción del principio acusatorio porque la Audiencia no revise la Sentencia y no reduzca la pena aunque el Fiscal inicialmente pida tal revisión. La Fiscalía, en el recurso de casación, señaló como padeció un error en su primer informe que luego se corrigió al informar el recurso de súplica. La Audiencia no toma partido por la acusación si no que corrige un error del Fiscal. No hay indefensión ya que la defensa pudo recurrir en suplica y casación contra la decisión de la Audiencia de no revisar la pena.

3. Centrados ya en el caso que se juzga, debe advertirse en primer lugar que aquí no nos hallamos ante la supervisión de la aplicación del principio acusatorio en la fase de juicio oral, ni por tanto de un posible exceso del Tribunal con respecto a las formulaciones fácticas y jurídicas de los escritos de acusación y de defensa de las partes. El objeto de nuestro control de casación es una revisión de sentencia fundamentada en la aplicación de la reforma del C. Penal de marzo de 2015 (LO 1/2015), debiendo examinar si procedía o no modificar a la baja las penas impuestas a la recurrente, y más en concreto se trata de dilucidar en este motivo de recurso si la Audiencia vulneró el principio acusatorio al decidir que no procedía modificar la condena por el art 318 bis del C. Penal , a pesar de que en un primer informe el Fiscal

sostuvo que sí procedía.

Ya se ha argumentado en el fundamento primero que aquí no ha concurrido un error de subsunción y que por tanto la decisión de la Audiencia se ajustó a la legalidad penal en vigor en ambos textos penales: el anterior a la reforma y el ahora vigente. Nos hemos de centrar, pues, en la denunciada posible infracción del principio acusatorio.

Pues bien, lo primero que conviene advertir es que la decisión de la Audiencia no generó indefensión a la recurrente dado que, tras argumentar en su auto de la Audiencia que no procedía modificar la condena, la resolución fue recurrida en súplica por la defensa formulando las alegaciones que estimó pertinentes, súplica que fue informada en contra por el Ministerio Público, admitiendo así que la decisión de la Sala se ajustaba a derecho.

También tuvo la posibilidad de formular alegaciones en contra de la tesis de la Audiencia la defensa de la acusada mediante el recurso de casación, al que se opone el Ministerio Fiscal alegando que en el primer informe que emitió -no escrito de acusación, sino informe- incurrió en un error que subsanó después al informar sobre el recurso de súplica. Por lo cual, el tema ha sido debatido en la instancia y también ahora mediante el recurso de casación, y en ambos casos el Ministerio Fiscal rectificó su primer escrito y admitió que no se ajustaba a derecho.

En otro orden de cosas, y atendiendo a una posible infracción del principio acusatorio desde la perspectiva de la imparcialidad del Tribunal, el hecho de que la Sala corrigiera el error del Ministerio Fiscal referente al primer informe no significa que haya perdido la imparcialidad por tomar partido por una tesis acusatoria, dado que se trataba simplemente de desvirtuar un criterio erróneo de la acusación relativo a la revisión de una sentencia por razones de modificación legal, ajustando la sentencia anterior al juicio de legalidad que correspondía con arreglo a la nueva norma que acababa de entrar en vigor. Debiendo reiterarse además que el propio Ministerio Público rectificó su posición atenuadora de la pena tanto en la instancia como a la hora de formular las alegaciones al recurso de casación.

No porque se haya revisado la aplicación del art.318 bis respecto de otro acusado debe hacerse lo mismo con el recurrente. No cabe la aplicación del principio de igualdad en la ilegalidad. No se les atribuyen los mismos hechos.

Pues bien, al proyectar tales criterios sobre el caso concreto se comprueba la falta de fundamento de las alegaciones de la recurrente. En primer lugar, porque el hecho de que a la persona que se cita en el escrito de recurso a los efectos de contrastar la aplicación del principio de igualdad, Aurelia, se la haya aplicado una reducción de pena al operar con la nueva norma del C. Penal no quiere decir de por sí que deba hacerse lo mismo con la impugnante, ya que el principio de igualdad ante la ley no da cobertura a un "imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad", o "igualdad contra ley", de modo que aquel a quien se aplica la ley "no puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido.

Y en segundo lugar, es importante destacar que los hechos que se le atribuyen a Aurelia en la descripción fáctica de la sentencia no son exactamente los mismos. Y ello porque la acusada ha tenido una intervención relevante en la financiación y gestión del

viaje de las cuatro testigos-víctimas que viajaron en patera desde África a España o al continente europeo, circunstancia de notable trascendencia que no concurre en los mismos términos en la copenada que se pone como ejemplo comparativo en el escrito de recurso. De forma que una mera lectura de la narración fáctica de la sentencia revisada es suficiente para apreciar que se está ante dos supuestos sustancialmente dispares a la hora de la aplicación del subtipo agravado del riesgo generado en el traslado a España por vía marítima de las cuatro víctimas que viajaron en patera.

II BIS. COMPETENCIA

Tribunal Supremo

1. ATS de 14 de diciembre de 2016 (Recurso 20717/2016)

La investigación de las labores de rescate realizadas en aguas internacionales corresponde provisionalmente al Juez que tuvo conocimiento inicialmente de la noticia criminis

SEGUNDO.- La cuestión de competencia negativa planteada debe ser resuelta como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala a favor de San Bartolomé de Tirajana, es cierto, que el objeto de investigación no es la del delito de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal, que al entenderse cometido en territorio nacional, corresponde a los Juzgados de Instrucción, sino la investigación de las labores de rescate realizadas en aguas internacionales por Salvamento Marítimo, y sobre si la muerte de uno o varios inmigrantes pudiera atribuirse a persona determinada como imprudente. De la lectura del atestado y de las demás diligencias que obran en el testimonio, se deduce: que llegó al centro de Salvamento Marítimo la noticia de la existencia de una patera, que cargada de inmigrantes se dirigía a la Costa de las Islas Canarias, y que se encontraba en dificultades de navegación, por lo que tras ser localizada por aviones de Salvamento Marítimo fijando su posición, salió de puerto a su encuentro la Patrullera Guardamar Talía, que tomó contacto con ella, en aguas internacionales, concretamente a 26 millas náuticas de la costa Africana y a 126 millas náuticas de la costa de Gran Canaria, y cuando procedía al salvamento de las personas que iban en ella, la patera se hundió. Se rescataron a 22 personas, pero pudieron ser más las personas que, iban en la patera, que murieron en el naufragio, si bien, no está acreditado, como se produjo éste, las circunstancias del salvamento, si pudo haber actos constitutivos de delito, si hubo personas responsables de dichas muertes y si los presuntos responsables, si los hubiere, eran españoles. En definitiva, que encontrándose la investigación, a su inicio, desconociéndose por el momento, si se cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 23.1 e) de la LOPJ, el Juzgado de San Bartolomé debe continuar con la investigación, por ser el competente por el momento, el primero en recibir la noticia criminis y encontrarse en mejores condiciones para llevar a efecto la misma. No sin antes recordar como reiteradamente venimos diciendo, que las decisiones sobre competencia territorial, cuando se suscitan al inicio de la instrucción tienen un carácter provisional y por tanto se acuerdan sin perjuicio de lo que pueda resolverse, sobre la misma cuestión en momentos posteriores al avance de la investigación (ver auto de 19/11/14 c de c 20517/14), art. 15.1 ° y 4° LECrim.

Tribunal Superior de Justicia

1. ATSJ de Andalucía (Sala de lo Civil y Penal) con sede Granada n°78/2016, de 10 de octubre

La competencia no es del Juzgado de Córdoba donde se inicia la instrucción por un matrimonio de conveniencia sino del Juzgado de Granada ya que es en esta localidad donde tras avanzar en la investigación se descubren una serie de contratos supuestamente fraudulentos en los que aparece la figura de un

gestor con despacho profesional que se utiliza para obtener autorizaciones de residencia fraudulenta

TERCERO.- A la luz de los datos anteriormente expuestos, la cuestión a dilucidar radica en determinar que órgano es el competente para la instrucción de las Diligencias Previas en las que se investiga los supuestos delitos que se están investigando y que serían los siguientes; un delito continuado de falsedad documental cometido por particular, otro contra la Seguridad Social y otro contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

El Juzgado de Instrucción de Granada entiende que la competencia territorial corresponde al Juzgado de Córdoba en atención al principio de ubicuidad conforme al cual, el delito se comete en todas las jurisdicciones en que se haya realizado algún elemento del tipo y, en consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será competente para la instrucción de la causa, máxime cuando el Juzgado conecedor de las actuaciones desde el principio ha llevado a cabo una intensa actividad investigadora, con decisiones incluso afectantes a derechos fundamentales. Por el contrario el Juzgado de Córdoba entiende que la competencia en aplicación de los arts. 15, último párrafo y 18 LECrim, corresponde al Juzgado de Granada que es donde se realizan la mayor parte del tipo además de ser el lugar donde se han llevado a cabo actuaciones falsarias.

Pues bien, tal como han quedado expuestas las vicisitudes procesales ocurridas en el presente caso, como han sido relatadas anteriormente, consideramos que asiste la razón al Juzgado de Córdoba y ello por lo siguiente.

a) Ciertamente el punto de conexión de los hechos investigados con el partido judicial de Córdoba, fueron la celebración de un supuesto matrimonio de "conveniencia" con la finalidad de tramitar un permiso de residencia en favor de uno de los contrayentes de nacionalidad nigeriana y ello mediante la previa falsificación de un contrato de trabajo a favor de esa persona nigeriana, contrato ficticio concertado con una heladería situada en Salobreña (Granada).

El Juzgado de Córdoba, al que se remiten las primeras actuaciones policiales, como no podía ser de otra manera dado que aquella primera actuación se descubre en Córdoba, inicia la investigación de los hechos de conformidad con lo establecido en el art. 15.1 LECrim , al ser el lugar donde se descubren pruebas materiales de un posible hecho delictivo.

b) En el curso de la investigación, esa primera atribución de competencia territorial se ve desvanecida, cuando se descubre un nexo común de toda una serie de contratos supuestamente fraudulentos en los que aparece la figura de un gestor con despacho profesional en la ciudad de Granada y desde el que, en apariencia, se había venido organizando y perpetrando las operaciones ficticias anteriormente expuestas, con la finalidad aparente de conseguir permisos de residencia y trabajo o la obtención de días de cotización suficientes para poder tener algún tipo de prestaciones de la Seguridad Social y todo ello a cambio de un precio.

c) Esa persona que aparece como gestor gracias a la supuesta utilización fraudulenta de la firma electrónica reconocida en la Tesorería General de la Seguridad Social, es la del letrado Sr. Jose Antonio, como se ha dicho, con despacho abierto en

Granada, en cuya Subdelegación del Gobierno se habrían presentado la mayor parte de aquellos contratos falsos.

Es evidente, por tanto, que aquella atribución provisional de competencia territorial al Juzgado de Córdoba (art. 15.1 LECrim.) dejó de ser relevante en base a lo investigado hasta ese momento, actuando correctamente cuando decide remitir las actuaciones practicadas al Juzgado competente de Granada. Y ello es así, porque al constar el lugar donde se habrían cometido supuestamente el/los delitos, el Juzgado de Córdoba, que había venido conociendo de la causa hasta entonces, debía, como así hizo, inhibirse en favor del órgano competente de conformidad con lo establecido en el art. 15, último párrafo de LECrim .

d) Por último, la regla general prevista en el artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de que cada delito da lugar a un sumario, resulta alterada para los delitos conexos. No cabe duda que en el presente caso estaríamos ante un supuesto de conexidad mixta que comprende los diversos delitos que se imputan a una misma persona al incoarse contra ella causa por cualquiera de ellos si tuvieran analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados. Con carácter general el Tribunal Supremo (entre otras, STS de 15 de febrero de 1.996) ha mantenido que la conexión obedece al principio de economía procesal y evitación del rompimiento de la continencia de la causa, y puede definirse como la existencia de un nexo o enlace entre diversos hechos que puede derivar de plurales circunstancias de tiempo, lugar, bien jurídico lesionado, precepto infringido, "modus operandi" del agente y otras, debiendo huirse de posturas eminentemente restrictivas, alentando a este respecto criterios beneficiosos para el reo (STS 16-12-1987).

Pues bien de acuerdo con lo razonado, entendemos que en el presente caso, nos encontraríamos presuntamente ante la presencia de una serie de delitos de falsedad y ante otros contra la Seguridad Social, existiendo una clara conexidad entre ellos, habrá de acudir al art. 18 LECrim , cuya primera regla determina la competencia del Juzgado donde se haya cometido el delito que lleve aparejada pena mayor, en el presente caso el Juzgado de Instrucción de Granada, sin que a ello obste lo que pueda determinarse en el curso de la investigación, todo ello conforme al carácter provisional que en estos momentos mantiene la cuestión, tal como se indicó al principio de esta resolución.

III. INMIGRACIÓN ILEGAL

A.TIPO BASICO

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

Mar

Audiencia Provincial

1. SAP de Málaga, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº88/2016, de 26 de octubre

En el marco de la inmigración ilegal hay dos niveles sancionadores. El penal y el administrativo. El mero hecho de eludir a la patrullera de la Guardia Civil integraría la infracción administrativa. No queda acreditado que el acusado actuara con la finalidad de obtener un beneficio económico ni aunque no se le cobrara el precio del pasaje, pudiendo haber actuado para resolver una situación comprometida al ser abandonados los pasajeros a su suerte.

Sin embargo, tal como ha tenido en consideración más recientemente con todo acierto el Tribunal Supremo en sentencias como las de fecha 20/10/2015 y 19/07/2016, ni antes de la ley orgánica 1/2015 ni ahora puede sostenerse tal posición sin desbordar por completo el ámbito de protección de la norma. Desde el prisma del principio de intervención mínima no puede obviarse que la propia normativa administrativa prevé unas infracciones esencialmente asimilables, incluso más exigentes en algunos supuestos, al supuesto de hecho que prevé el delito que nos ocupa. Buena prueba de ello es que el artículo 54.1.b) de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social sigue contemplando como tal "...Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito... ". Nótese que el ánimo de lucro sólo se exige en el primer apartado del artículo 318 bis del Código Penal para imponer la pena en su mitad superior. Debe interpretarse este último, pues, en el sentido de que puedan quedar excluidos del mismo, no ya algunas actuaciones que no encontraran cabida ni siquiera en el catálogo de infracciones de la normativa de extranjería, sino de algunas que tuviesen encajarse también dentro del mismo. Esas dos últimas sentencias del Tribunal Supremo invitan a tomar en consideración para poder distinguir esos dos planos sancionadores el modo en el que se tratan de burlar los controles legales, a lo que podemos añadir, siguiendo la línea doctrinal anteriormente expuesta, el perseguirse otros fines especialmente rechazables aparte del de entrar en el país. Eso nos llevaría a excluir por completo del ámbito penal actos nimios de colaboración, como aupar a otro inmigrante para que supere determinadas zonas del vallado fronterizo, como le habría de aparecer obvio a cualquier persona, pero también otros casos no tan claros. Ciñéndonos al que nos ocupa, escaparía de la infracción penal incluso si se hubiera probado que todos los ciudadanos extranjeros se hicieron con la embarcación de una u otra forma y le atribuyeron al acusado o asumió la responsabilidad de patronearla sin más, a pesar de que eso supusiera poner en peligro la vida de todos. No obstante, lo más relevante es que aunque se haya considerado acreditado que trató de evitar la actuación de la Guardia Civil, que intentó impedir que siguiera su singladura hasta llegar a la costa ceutí, no sólo no se ha

podido llegar a la convicción de que pudiera actuar movido por el ánimo de perseguir algún beneficio de índole económico, como podría ser percibir alguna suma o, simplemente, no abonar cantidad alguna por poder acceder a viajar en la embarcación a cambio de que él la patroneara, tal como pareció entender el Ministerio Fiscal, sino que ni siquiera se ha logrado determinar si se hizo con sus mandos sólo para salvar la situación comprometida en la que se vieron todos envueltos al verse abandonados a su suerte.

B. SUBTIPOS AGRAVADOS

B.1.PUESTA EN PELIGRO

Tribunal Supremo

a. En embarcación

1. STS nº736/2016, de 5 de octubre

Se aplica la agravante en el transporte de África a España con embarcaciones tipo patera sin las mínimas condiciones de seguridad y falta de elementales medidas de precaución para neutralizar dichos riesgos. El riesgo ex ante se refrenda ex post la muerte de un bebé. El que no se acusara a la recurrente de tal homicidio no significar que no interviniera en generar el peligro propio de la modalidad de transporte

A lo cual ha de sumarse que, dada la forma en que se navega en una patera y las condiciones en que viajan desde África hasta España o al continente europeo ese tipo de embarcaciones, la jurisprudencia suele afirmar que el procedimiento de transporte -con mínimas condiciones de seguridad y falta de elementales medidas de precaución para neutralizar los riesgos propios de un viaje de esa índole- conlleva en sí mismo el peligro que pretende evitar la norma penal (SSTS 76/2008, de 5-2 ; 1146/2009, de 18-11 ; y 1268/2009, de 22-11). Sin olvidar tampoco que en este caso ese riesgo previsible ex ante, resultó aquí refrendado ex post por la muerte del bebé. Y si bien es cierto que las penadas no fueron acusadas de un delito de homicidio, ello no quiere decir que la recurrente no interviniera en generar el peligro propio de la modalidad de transporte que proporcionó a las testigos que viajaron en patera.

2. ATS nº1610/2016, de 10 de noviembre

Ausencia de vestimenta adecuada y medidas de seguridad en la embarcación .Tenían un GPS que dejó de funcionar y carecían de otros elementos de navegación. No excluye el subtipo agravado el llevar móvil o que alguno de los viajeros llevaran salvavidas y otros cámaras de aires o que los inmigrantes no temieran por sus vidas. Se trata de 43 personas sin comida ni agua que tuvieron que ser rescatadas

En cuanto a las características del viaje realizado, el Tribunal extrajo sus conclusiones por las declaraciones de los agentes intervinientes y del testigo protegido nº NUM000. Y así concluyó afirmando que se realizó en una embarcación de pequeñas dimensiones, en condiciones de ocupación, sin vestimenta apropiada, y ausencia de medidas de seguridad, que convirtió la travesía en un reto de supervivencia. Portaban un

GPS que dejó de funcionar, y no llevaban otros aparatos de navegación. El que el acusado Máximo llevara un teléfono móvil, con el que contactó con la persona que había organizado el viaje y que se había quedado en África, no supone instrumental adecuado para la navegación en alta mar. Tampoco modifica la consideración de la peligrosidad objetiva, que para la vida introdujo la travesía, el hecho de que algunos de los ciudadanos extranjeros llevaran chalecos salvavidas y otros cámaras de aire. Ni que el testigo protegido afirmara que no temió por su vida. Se trataba de 43 personas en la embarcación, sin comida ni agua. A todo ello se añade que finalmente la embarcación neumática tuvo que ser rescatada por Salvamento Marítimo.

Audiencia Provincial

1. SAP de Málaga, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº88/2016, de 26 de octubre

No queda acreditado que hubiera una menor embarazada entre los ocupantes. No es suficiente que uno de los ocupantes se lo dijera a los agentes de la Guardia Civil.

h) Una de las inmigrantes era menor y estaba embarazada : tal afirmación de la calificación definitiva del Ministerio Fiscal se fundó sin duda alguna en lo que uno de los ocupantes de la embarcación que se interceptó indicó a agentes de la Guardia Civil, que fue trasladado al atestado. No obstante, no se trata de un hecho objetivo y verificable no susceptible de reproducción en el plenario, de ahí que la integración de aquél como parte del acervo acreditativo no permita tenerlo por probado, ni se llevó a cabo en dicho acto actuación alguna tendente a justificarlo por otra vía.

D. PARTICIPACIÓN

Tribunal Supremo

1. STS nº659/2016, de 19 de julio

El enviar dinero al extranjero para que las mujeres entren en España para ejercer la prostitución no es complicidad sino coautoría porque el sujeto activo tiene el dominio funcional del hecho

1. En la redacción del artículo 318 bis vigente al tiempo de los hechos se castigaba al que promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina. La descripción de la conducta típica prácticamente suprimía la posibilidad de conductas constitutivas de complicidad, al otorgar una enorme amplitud, para algunos desmesurada, a la autoría. En relación con el delito de tráfico de drogas del artículo 368, que utiliza los mismos verbos para describir la acción típica, esta Sala había destacado en algunas ocasiones las dificultades de apreciar la complicidad en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal , habida cuenta de la amplitud con la que se describe el tipo en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluida dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del favorecimiento del favorecedor (STS núm. 643/2002, de 17 de abril), con la que se hace referencia a conductas que sin promover,

favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368. (STS nº 93/2005, de 31 de enero). Doctrina que sería también aplicable al delito del artículo 318 bis.

En la actualidad, en el artículo 318 bis .1, que es el que se aplicará según resulta del anterior fundamento jurídico de esta sentencia, se castiga al que intencionadamente ayude a una persona no nacional de un Estado 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. La utilización del término ayude sitúa la cuestión en términos similares a los derivados de la redacción anterior, pues cabe en su significado una amplísima variedad de conductas, que solo requieren para ser valoradas como ayuda, que supongan una aportación de algo que facilite lo que pretende la persona a quien se presta. Quedarían, pues, excluidas de la autoría solamente aquellas aportaciones de claro segundo nivel, lo cual no ocurre en el caso, en el que el recurrente era el encargado de recibir, o en otros casos de enviar, el dinero que permitía la entrada de esas personas en territorio español.

2. ATS nº1610/2016, de 10 de noviembre

El acusado no es un inmigrante más. Junto al resto de los acusados tomó el mando de la embarcación y colaboró con ellos. Daba instrucciones a los inmigrantes. Su papel fue relevante. Mantener el orden en la embarcación es fundamental en un viaje de 43 personas en una embarcación no adecuada sin agua ni comida en una travesía de estas características. No cabe apreciar complicidad ya que el recurrente realizó actos que determinan el dominio funcional del hecho objeto de la condena.

De todo ello el Tribunal extrajo la conclusión de que Jose Pedrono era uno más de los inmigrantes, tuvo un trato especial, y junto al resto de los acusados tomó el mando de la embarcación, colaborando, junto con ellos, para llegar a España desde la costa africana. Daba las instrucciones necesarias a los inmigrantes y procuraba que éstos le obedecieran en todo momento. El Tribunal destaca la relevancia de su papel, pues se trataba de 43 personas que viajaban en una embarcación no adecuada para una travesía de estas características, sin agua ni comida, por lo que mantener el orden en la misma y procurar que ninguno revelara la identidad de los patrones resultaba esencial.

Debemos recordar que los verbos nucleares del tipo penal aplicado refieren la conducta en términos que dificultan la consideración de formas de responsabilidad distinta de la autoría, y por tal ha de ser considerado todo el que, de forma directa o indirecta, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina (STS 1294/2006 de 27 de diciembre). No obstante, esta Sala ha posibilitado la consideración de cómplices a aquellas conductas en las que el aporte del responsable es accesorio sin un dominio funcional del hecho típico.

La coautoría aparece caracterizada desde el plano subjetivo por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas en una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben ser en fase de ejecución del delito. Además, los coautores deben dominar, conjunta y funcionalmente la acción, controlando el hecho típico sin que entre la acción de uno u otro aparezca una nota de subordinación que permitiría encuadrar una aportación en la complicidad.

Una participación diferente a la autoría no es posible en el presente caso, pues el recurrente realizó actos que determinan el dominio funcional del hecho objeto de la condena. El relato refiere que el recurrente actuó de forma conjunta con los coacusados, ejecutando la parte del plan que se le asignó, y que fue necesario para la realización del hecho típico.

E. ÁNIMO SUBJETIVO

Tribunal Supremo

1. STS nº659/2016, de 19 de julio

Es razonable la inferencia que realiza el Tribunal de que el acusado conocía la finalidad enviar dinero a mujeres en Paraguay para comprar un billete de avión rumbo a España y aparentar en frontera ser turistas. El acusado sabía que dichas mujeres entraban en España para ejercer la prostitución pues no hay otra posibilidad que justifique tal comportamiento con personas con las que no se tiene relación previa alguna.

1. Las cuestiones relativas a la prueba de los hechos ya han sido examinadas en el anterior fundamento jurídico. Procede aquí, de acuerdo con la invocación procesal del recurrente, examinar cuestiones relativas a la corrección de la subsunción. En la sentencia de instancia se declara probado que el recurrente, desde agosto de 2003 hasta el 1 de junio de 2004, envió dinero a Paraguay con la finalidad de adquirir billetes de avión y entregar una cantidad a mujeres jóvenes para que vinieran a España y pudieran aparentar que lo hacían como turistas, cuando en realidad venían a ejercer la prostitución. La inferencia del Tribunal respecto a que el recurrente conocía que tal era la finalidad de esos envíos es razonable, pues no aparece ninguna otra posibilidad que justifique un comportamiento de esa clase con personas con las que no se mantiene ninguna relación previa. En los hechos probados se admite que algunas de esas mujeres aceptaban venir a ejercer la prostitución por no tener otra posibilidad para subsistir. No se precisa, sin embargo, con cuáles de ellas contactó el recurrente, ni cuál era la situación de esas personas, concretamente. En consecuencia no es posible afirmar que conociera su situación ni las razones de que aceptaran ejercer la prostitución en España.

Por lo tanto, los hechos que se atribuyen al recurrente consisten en enviar dinero a Paraguay, o recibirlo allí de los otros acusados, con la finalidad de comprar billetes de avión para las mujeres que venían a España a ejercer la prostitución, alguna de ellas sabiendo que ese era el objeto del viaje, y también para entregarles algunas cantidades para que pudieran aparentar que llegaban a este país como turistas. No se declara probado que contactara personalmente con alguna de ellas, ni tampoco se describe que alguna de ellas estuviera en una situación de necesidad que el recurrente conociera para aprovecharse de la misma.

V. PRUEBA

A. DECLARACIÓN DEL ACUSADO

Tribunal Supremo

1. STS n°659/2016, de 19 de julio

Declaración de los co-acusados que señalan que el penado era un intermediario. Su función, con arreglo a dicha declaración, era enviar dinero de España a Paraguay para comprar los billetes de las mujeres que entraban en España para ejercer la prostitución y para que las mujeres fingieran ser turistas. La declaración de los co-acusados está avalada por justificantes de pago de western Union que acreditan que el penado recibe dinero de los acusados sin relación comercial alguna que lo justifique y que envía dinero a Paraguay. No son fotocopias sino documentos recibidos por fax cuya autenticidad está avalada por los agentes de policía que las obtuvieron.

2. En el caso, Tribunal de instancia ha declarado probado que el recurrente, de acuerdo con otros coimputados, introdujeron en España un número indeterminado de mujeres procedentes de Paraguay, para que se dedicaran a la prostitución, y que el recurrente, a través de empresas gestoras de envíos de dinero, enviaba a Paraguay las cantidades de dinero necesarias para adquirir los billetes de avión, así como las cantidades que sus colaboradores paraguayos entregaban a las mujeres para que pudieran aparentar ante las autoridades aduaneras españolas su condición de turistas para que se les permitiera su entrada en territorio español.

Como prueba de cargo ha contado el Tribunal con las declaraciones de varios coacusados que afirmaron que el recurrente era un contacto en Paraguay, un intermediario para traer chicas, que enviaba dinero para financiar las operaciones. Afirmaciones que aparecen corroboradas por el contenido de los justificantes de Western Union, en los que aparece como una de las personas a las que se realizan las transferencias y como la persona que ha realizado algunas de ellas. Concretamente se argumenta en la sentencia impugnada que el acusado Olegario realizó varios envíos de dinero en los años 2003 y 2004 a varias personas, entre ellas al recurrente, sin que existiera entre ellos ninguna relación comercial o de otro tipo que los pusiera explicar. Igualmente, se dice, ha quedado constatado de la misma forma que el recurrente, desde España, ha realizado algunos envíos a Paraguay.

Dice el recurrente que se trata de simples fotocopias. En realidad se trata de documentos recibidos vía fax cuya autenticidad se complementa con las declaraciones de los agentes policiales que los obtuvieron en el curso de las investigaciones iniciales.

Por lo tanto, la prueba de cargo viene constituida por las declaraciones de los coimputados, que implican al recurrente en la ejecución de los hechos consistentes en traer desde Paraguay a algunas mujeres para que, introduciéndose con la apariencia de turistas, se dedicaran luego en España a la prostitución. Declaraciones que aparecen corroboradas por elementos externos a las mismas que, sin constituir auténticas pruebas,

sirven para avalar el contenido de aquellas.

Audiencia Provincial

1. SAP de Málaga, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº88/2016, de 26 de octubre

Tesis del acusado avalada por dos inmigrantes

Se acepta la tesis de que el acusado tuvo que hacerse con el timón tras ser abandonados a su suerte por el patrón. La misma es mantenida en juicio por el acusado y avalada por dos testigos. La hipótesis es inicialmente inverosímil. Es posible que haya un acuerdo entre el acusado y los testigos para declarar en este sentido pero la realidad supera a la ficción y en Ceuta en el ámbito de la inmigración ilegal han intentado acceder a España por medios propios de un comic. No puede descartarse la tesis del acusado y que alguien en Marruecos les acompañara en la primera fase del viaje y luego abandonara la embarcación y nadara a Marruecos. En el plenario los testigos no han aportado datos objetivos que permitan dar crédito a su visión pero a sus evidentes dificultades de comunicación se une su desconocimiento del litoral que puede explicar tanto que mientan como que no sepan explicar mejor lo que pasó.

...el conocido como Cornelio mantuvo en el suyo de defensa que "...requerido por sus compañeros (15 subsaharianos más, de 6 nacionalidades diferentes) y por el hecho de verse todos abandonados a su suerte por el patrón marroquí de la inapropiada embarcación que debía llevarlos a la costa española, manejó el timón del bote con el único propósito de salvar su vida (y de paso la de sus compañeros) llegando a tierra firme, pero no... con la intención de introducir a persona alguna en territorio español contraviniendo las normas sobre entrada de extranjeros... ",

(...)

Otra cosa es desde cuándo se hizo con el timón, en lo que se incidió en el escrito de defensa y no de forma injustificada, como se verá en fundamentos de derecho posteriores, sosteniéndose que tuvo que afrontar tal labor ante la petición de sus acompañantes después de ser abandonados a su suerte en el mar por un marroquí que la patroneaba inicialmente. Esta misma versión fue la sostenida en el plenario por el acusado y los testigos Jesús Miguel y Pedro Antonio. En una primera aproximación ello se plantearía a cualquier persona como una hipótesis inverosímil y es fácil pensar en múltiples razones por las que las manifestaciones de los tres pudieran estar acordadas de antemano o haberse preparado rápidamente en cuanto tuvieron conocimiento de que las autoridades española se dirigían o iba a hacerlo contra uno de ellos por su intento de entrar en el país. No obstante, la práctica diaria de los tribunales demuestra cada día cuán certero es el dicho popular que afirma que la realidad supera a la ficción. En el ámbito de la inmigración irregular desde África a Europa, donde la ciudad de Ceuta ocupa por su pertenencia a España y su ubicación geográfica uno de sus destinos más buscados, tal aserto se vuelve más real aún, comprobándose por esta misma Sección en muchas ocasiones cómo ha intentado llegar a la misma utilizando medios que provocarían la hilaridad y serían más propios de las viñetas de un comic si no fuera por el trágico drama humano que se esconde tras ellas. No puede descartarse sin más, por lo tanto, que, previo el abono de un precio, alguien desde Marruecos les proveyera del motor, la embarcación y algunos útiles más para la singladura y les acompañara en su

primera etapa, abandonándolos a su suerte después lanzándose al agua para alcanzar la costa o, simplemente, una vez que se aseguró de impartirles las instrucciones necesarias para llegar a Ceuta. Ciertamente es que las explicaciones sobre cómo habría acontecido ello y, sobre todo, los datos que ofrecieron, no coadyuvarían en condiciones normales a dotarles de especial crédito, pero a su evidente dificultad de comunicación que se apreció en el juicio oral tiene que unirse que las preguntas que se le efectuaron, desde la perspectiva de quien está declarando en una sala de vistas cerrada, aunque, paradójicamente, orientada hacia la zona en la que todo habría ocurrido y separada del mar por muy escasos metros, y que no tiene que conocer bien esta parte del litoral, tanto pueden evidenciar que estuvieran mintiendo como su incapacidad de exponer de mejor forma lo ocurrido.

B. TESTIFICAL

B.1. TESTIFICAL DEL INMIGRANTE

Tribunal Supremo

1. ATS nº1610/2016, de 10 de noviembre

El testigo protegido identifica al acusado como la persona que les decía lo que tenían que hacer. El organizador del viaje les dijo antes de subir a la embarcación que era a dicha persona a la que tenían que obedecer y que no podían denunciar al patrono. La declaración de otro testigo coincide con el relato del testigo protegido y que si denunciaban al patrono serían a su vez denunciados. Este testigo declara que pidió la libertad del CIE porque estaba siendo amenazado por otros internos.

Una inspectora de Policía declara que no se le ha ofrecido nada a este testigo por declarar.

Con respecto al acusado hoy recurrente, el Tribunal dispuso de:

1.- La declaración del testigo protegido nº 1, que obra en el soporte de grabación al folio 248 de la causa, que fue reproducido en el acto de la vista. Manifestó que José Pedro (conocido por "Topo", al ser el de más edad), fue el encargado de dar instrucciones durante el viaje. Afirmó que la persona que organizó el viaje (un tal Leopoldo) les dijo, antes de subir a la embarcación, que tenían que obedecer las instrucciones de José Pedro, ya que era el de más edad. Era el que organizaba a los inmigrantes, les decía lo que tenían que hacer, en qué lugar sentarse, y les advertía de que no tenían que reconocer a los patronos de la embarcación una vez llegaran a España.

Reconoció a José Pedro en la rueda de reconocimiento judicial.

2.- La declaración del testigo Carlos Antonio. Coincidió con el relato efectuado por el testigo protegido nº NUM000, que Leopoldo le dio la responsabilidad a José Pedro, por ser el de mayor edad. Afirmó que el acusado les dijo que quien denunciara en España a los capitanes de la embarcación sería a su vez igualmente denunciado.

Para el Tribunal este testigo ofreció total credibilidad, por cuanto ratificó las

afirmaciones del testigo protegido nº NUM000, y mantuvo la misma versión a lo largo del procedimiento. La defensa intentó desacreditar al testigo afirmando que denunció a Jose Pedro, por cuanto le fue ofrecida la libertad por la policía, a cambio de que le denunciara. Precisó el Tribunal en la sentencia que ello no era cierto. El testigo negó en el acto de la vista que la policía le ofreciera la libertad a cambio de declarar contra el acusado. Y a ello se añade que la "queja o petición" que formuló, pidiendo su libertad a la dirección del Centro de Internamiento, lo fue para protegerse de las amenazas que estaba sufriendo, por el resto de inmigrantes recluidos en el CIE, siendo que en aquel momento ya había sido decretada su libertad por el juez instructor. A ello se añade que la Inspectora de Policía que declaró en el acto de la vista negó que se le hubiera ofrecido algo por declarar en contra del acusado.

Los efectos sobre la credibilidad del testigo que derivan de que pidiera ser liberado cuando estaba en un CIE no es susceptible de fiscalización por vía casacional

Por ello la alegación efectuada por el recurrente, con respecto a la "queja o petición" que formuló el testigo Carlos Antonio, carece de relevancia para mostrar error en el juzgador. Lo que pretende el recurrente es extraer de su valoración unas conclusiones en relación con la credibilidad del testigo, lo que es ajeno a la vía casacional utilizada en el presente motivo y que, en cualquier caso, ha sido convenientemente valorado por el Tribunal, tal y como hemos explicado en el Razonamiento Jurídico Segundo.

B.2. TESTIFICAL DE GUARDIA CIVIL

Audiencia Provincial

1. SAP de Málaga, con sede en Ceuta, secc.6ª, nº88/2016, de 26 de octubre

Tesis de la defensa. El acusado asume el mando de la embarcación dado que los demás ocupantes se lo piden al ser dejados a su suerte por el patrón marroquí. Las declaraciones de los agentes de la Guardia Civil son escasas y ambivalentes. Uno declaró que pudo ocurrir así y otro lo descartó al entender que lo habría visto desde la patrullera y la embarcación habría zozobrado. Además de no pasar de una mera impresión, no casan bien con cómo narró lo acontecido su compañero, además de que nunca vieron a la embarcación salir de Marruecos.

Ambos guardias coinciden en la pericia como piloto del acusado pero ello puede obedecer a varias razones como que existiera un acuerdo entre los acusados y el testigo o que el inmigrante por ser el más hábil en la conducción asumiera el puesto de conductor y se le perdonaba el precio del pasaje por quien le facilitaba la embarcación.

el conocido como Cornelio mantuvo en el suyo de defensa que " ...requerido por sus compañeros (15 subsaharianos más, de 6 nacionalidades diferentes) y por el hecho de verse todos abandonados a su suerte por el patrón marroquí de la inapropiada embarcación que debía llevarlos a la costa española, manejó el timón del bote con el único propósito de salvar su vida (y de paso la de sus compañeros) llegando a tierra firme, pero no... con la intención de introducir a persona alguna en territorio español contraviniendo las normas sobre entrada de extranjeros... ",

(...)

Las aportaciones en este sentido de los dos agentes de la Guardia Civil fueron muy escasas y en cierta medida ambivalentes. El primero en declarar no pudo descartar que todo hubiera podido ocurrir así. Las razones que el segundo esgrimió para rechazarlo, que eran que si alguien hubiera saltado pensaba que lo habrían podido ver desde la patrullera y que la otra embarcación habría zozobrado, además de no pasar de una mera impresión, no casan bien con cómo narró lo acontecido su compañero, además de tropezar con el inconveniente de que nunca llegaron a sostener que la vieron partir desde tierra ni, cuando menos, el punto desde el que aproximadamente salieron de Marruecos. De otro lado, lo que uno y otro mantuvieron, desde su diferente apreciación subjetiva de lo que pasó, acerca de cómo unos de los que trataron de interceptar se habrían tirado al mar para que los recogieran y otros permanecieron a bordo, de un lado, o que los trataron de abordar, de otro, unido a que el de número de identificación profesional NUM001incidió sobre que la embarcación que llevaba el acusado se paró varias veces y los demás le decían que siguiera, conduce a este tribunal a una duda irresoluble, aunque insistieran ambos en que el acusado tenía una cierta pericia al timón, sobre si nos encontramos ante un grupo de personas que negociaron en conjunto la adquisición de un pequeño barco para tratar de llegar a Ceuta y una de ellas se puso sin más a sus mandos por ser el más dotado para ello o asumió patronearla a la aventura, dado que sólo uno puede hacerlo en ese tipo de embarcaciones, pudo subirse a ella sin pagar cantidad alguna por saberla manejar tras ponerse de acuerdo con el que se la habría proporcionado, la sustrajeron sin más o, simplemente, tuvieron que solventar la difícil papeleta que se les presentó como pudieron, sobre todo ante la intervención de la Guardia Civil, que, como antes se ha dicho, no trataba de recogerlos, sino de frustrar su intento de alcanzar Ceuta.

Los testigos señalan que el acusado no sabía manejar la embarcación correctamente por lo que se cayeron y hundieron. Declaración contradictoria de los Guardias Civiles. Uno indica que la embarcación intentaba eludirles, paraba, los ocupantes insistían en que siguiera, otro que de manera agresiva trataba de abordar a la patrullera, cayendo al agua, por lo que tuvieron que salvarlos.

g) Conducta del acusado ante la presencia de la Guardia Civil y desenlace final de la actuación de los agentes de dicho cuerpo: sobre este extremo lo declarado por todos los intervinientes en el juicio oral es tan dispar que no resulta posible alcanzar una convicción muy clara al respecto, mucho menos en los términos tan específicos que consignó el Ministerio Fiscal en su calificación definitiva. Al deponer el acusado narró, con toda la dificultad que tuvo para hacerse entender por las razones a las que se ha aludido en el antecedente de hecho tercero, que su intención era llegar a tierra pero que no podía hacerse con el control total de la embarcación por desconocer cómo se apagaba el motor. No siendo ello de todo punto absurdo, Jesús Miguel, más allá de las sospechas que puedan existir sobre la posibilidad de que se pusiera de acuerdo en la versión a ofrecer a las que se apuntó previamente, mantuvo que aquél no sabía manejarla correctamente, en lo que incidió también Pedro Antonio, lo que motivó que todos acabaran cayendo al agua y se hundiera. No obstante, más importante aún que todo ello es que, aunque los dos agentes de la Guardia Civil coincidieron en que no les pareciera especialmente inexperto en tal labor por su forma de actuar y que hizo lo posible por evitarlos, lo que parece más que lógico y tiene que tenerse por acreditado si se tiene en cuenta que el de número de identificación profesional NUM001sostuvo que lo que

pretendía eran que no se acercaran a territorio nacional, no fueron en absoluto coincidente y no había razón alguna que lo justificase. Mientras que este último no destacó tanto que hiciera maniobras agresivas para evitarlos, aunque recalcó que intentó eludirlos, sino que por las condiciones en las que viajaba era difícil dirigir la nave, además de que el acusado se detuvo en varias ocasiones y los otros le insistieron para que siguiera, como ya se ha reseñado, y que algunos de sus ocupantes se lanzaron finalmente al agua, lo que interpretó como un artificio para obligarle a rescatarlos, el de número de identificación profesional NUM002 indicó de forma un tanto contradictoria que actuó muy agresivamente y que incluso trató de abordarlos, cayendo al agua, ante lo que tuvieron que salvarlos. Ante todo ello, máxime si tenemos en cuenta que la embarcación se fue a pique, es difícil saber qué pudo ocurrir verdaderamente más allá de que el acusado trató de eludir, al menos inicialmente, la labor de la Guardia Civil, actitud que no puede ser más coherente con la intención común de todos los súbditos foráneos que tomaron parte en los hechos de llegar a Ceuta, sobre todo ante la afirmación del acusado acerca de que no facilitó su intercepción, aunque fuera esgrimiendo su incapacidad.

B.2 BIS. TESTIFICAL DE TERCEROS

Audiencia Provincial

1. SAP de Sevilla nº 518/2016, de 27 de octubre

No queda acreditada que la acusada prestara su documentación para que diversas personas entraran ilegalmente en España. No se sorprende a los inmigrantes que se dice entraron ilegalmente en el espacio Schengen. La única prueba es una testigo que declara haber oído a la acusada cometer tales hechos. Las inmigrantes encontradas no confirman la imputación. El pasaporte de la acusada no está sellado en las fechas que supuestamente se introdujeron a los inmigrantes. Aunque se hubiera acreditado que los pasajeros entraron en España con la documentación de la acusación no quedaría probado que dicha documentación no fuera entregada por alguna ocupante de la casa en la que vivía la acusada. Una co-acusada rebelde atribuye a la testigo de la acusación su participación en actos de reagrupación familiar ilícita. La acusada alude a un móvil de venganza de la testigo por razones familiares.

Realmente, no existe prueba directa de los hechos imputados, pues no se llegó a sorprender a las personas que se dice entraron ilegalmente en el espacio Schengen con la documentación de Lorenza, en el momento de su entrada en España, sino que la sospecha de tal entrada ilegal, data de mucho tiempo después, concretamente de abril de 2011, a raíz de las manifestaciones a la Policía de la testigo que ha declarado en juicio, Florencia, afirmando la misma que, -desde su habitación, cuando compartía domicilio con las aquí imputadas-, oyó hablar a Lorenza y a la otra acusada, actualmente en rebeldía, sobre la utilización de la documentación de Lorenza para traer a otras personas desde Bolivia a España.

Las referidas Milagrosa y Camino no han sido localizadas y no han llegado a declarar tampoco en fase de instrucción. Milagrosa, ciudadana boliviana nacida el NUM003.93, con pasaporte de la República de Bolivia nº NUM004 expedido el 28.11.2008, con validez hasta el 28.11.2014, figura dada de alta en el domicilio de la CALLE000, nº NUM002 de Sevilla, desde el 19 de octubre de 2010, procedente de

L'ŽHospitalet de Llobregat (Barcelona) (f. 36, 37, 44 y 45), siendo autorizada el alta por Alexis, señalando el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación que con anterioridad residía en la CALLE001(DIRECCION000), NUM007- NUM008, domicilio de Alejandra, donde se hallaba el 19.04.2011, en el momento de intervención de la Policía y detención de varias de las implicadas en los hechos. A Milagrosa, no se le llegó a tomar declaración por estos hechos, pero resulta que habría manifestado espontáneamente a los agentes actuantes en el momento de la intervención (f.13) que entró en España en diciembre de 2009 y que fue su madre la encargada de traerla (ella era menor), por lo que desconocía la documentación que utilizaron para ello, no imputando en ningún momento a la aquí acusada, Lorenza en relación a tal hecho, resultando, por lo demás, que no coincide la fecha en la que la referida Milagrosa dijo haber entrado en España (diciembre de 2009), con la que se le imputa por el Ministerio Fiscal (diciembre de 2008).

No consta, por otra parte, sellado el pasaporte de la acusada Lorenza-con validez de 26.8.2004 a 26.8.2010, que se encuentra intervenido y unido a las actuaciones al folio 139-, en ninguna de las fechas imputadas, ni tampoco en diciembre de 2009, resultando que el último sello que consta en dicho pasaporte data de 20 de septiembre de 2006. Y no podemos especular que se hubiera utilizado para ello un ejemplar duplicado del pasaporte de Lorenza, hipótesis que ni siquiera ha sido planteada por la acusación.

Pero -aun concluyendo que las referidas hubieran entrado en espacio Schengen utilizando la documentación de la acusada Lorenza, como se dice se deduce de la información suministrada a los agentes actuantes por el registro de control de pasajeros realizado mediante el sistema API (Advanced Passangers Information), de lo que no consta soporte documental como hubiera sido deseable, a diferencia de lo que ocurre respecto a los hechos imputados a la otra acusada, Alejandra(f. 137 y 138)-, estimamos que no cabe considerar debidamente acreditado que hubiera sido precisamente Lorenza quien hubiera facilitado voluntariamente su documentación a tal fin y no que hubiera sido tomada dicha documentación, sin su concurso, por alguna otra de las personas residentes en la misma vivienda que la acusada, que estuviera interesada en hacer entrar en España a las mencionadas ciudadanas bolivianas.

(...)

De otro lado, la acusada en rebeldía, Alejandra, imputó en la causa (f. 68 y 69) a Florencia, -testigo sobre cuyas manifestaciones pivota la acusación-, haber cogido su documentación sin permiso mientras la propia Alejandra se hallaba ingresada en el hospital dando a luz, para traer con dicha documentación a España a la sobrina de Florencia, Juana, explicando que Florencia tenía interés en que Juana viniera a España a trabajar para saldar una deuda que la familia de Juana tenía con Florencia. La referida Florencia llegó a ser imputada en la causa por estos hechos, si bien no se ha llegado finalmente a formular acusación contra la misma, habiendo explicado Juana que cuando llegó a Sevilla en marzo de 2009 estaba esperándola en la estación de autobuses, Florencia, a cuya casa fue a vivir (f. 141 y acta del juicio).

Si a ello se une que la acusada ha manifestado que Florencia habría podido actuar al denunciarla a ella y a la otra acusada en rebeldía, por un móvil de venganza, derivado de ciertos conflictos familiares, el Tribunal concluye que las declaraciones testimoniales de Florencia, en otro momento imputada, no gozan de la credibilidad necesaria como para fundamentar en ellas la sentencia condenatoria que se interesa. Por

todo ello concluimos que existe, a la vista de la prueba aportada, una duda no irrazonable acerca de que efectivamente Lorenza hubiera facilitado voluntariamente su documentación personal para que entrasen ilegalmente en España las ciudadanas de nacionalidad boliviana que se dicen, por lo que se impone el dictado de una sentencia absolutoria conforme al principio *in dubio pro reo*.

VII. RESPONSABILIDAD CIVIL

Tribunal Supremo

1. STS nº659/2016, de 19 de julio

ha de aceptarse que traer a unas personas ilegalmente desde Paraguay a España para que ejerzan la prostitución, aun cuando sea voluntariamente, las sitúa en una posición que al menos es susceptible de causar daños morales. Se reduce la indemnización de manera proporcional dado que su participación es menor en cuanto los demás acusados son condenados además por otros delitos

En el quinto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 116 del C. Penal. Argumenta que se le condena a indemnizar a cada una de las testigos protegidas en 10.000 euros, de manera solidaria por todos los condenados, cuando, a diferencia de los demás acusados, solo ha sido condenado por un delito del artículo 318 bis .1. A pesar de que el artículo 116 del C. Penal establece la responsabilidad civil si del hecho se derivaran daños o perjuicios, no se sabe el motivo de la cuantía ni tampoco el tipo de daños que se pretende indemnizar.

1. Efectivamente, el artículo 116 establece la responsabilidad civil derivada del delito si del hecho se derivaran daños o perjuicios. En ocasiones, la existencia de los mismos resulta sin dificultad de la misma descripción de los hechos probados, por lo que no es precisa una pormenorización de cada resultado dañoso.

2. En el caso, nada se dice en la sentencia respecto de los daños o perjuicios causados por la conducta atribuida al recurrente. Tampoco se describen los daños o perjuicios causados por las conductas atribuidas a los otros acusados, limitándose a establecer una cantidad global por cada testigo y a declarar la responsabilidad solidaria de todos los acusados. No obstante, ha de aceptarse que traer a unas personas ilegalmente desde Paraguay a España para que ejerzan la prostitución, aun cuando sea voluntariamente, las sitúa en una posición que al menos es susceptible de causar daños morales. Tiene razón el recurrente, sin embargo, cuando señala que su participación es diferente y menor que la de los demás acusados. Por lo tanto, dado que los otros acusados son condenados además por otros dos delitos, la contribución a la indemnización deberá hacerse de forma proporcional, de manera que el recurrente solamente será responsable de la indemnización en cuantía de un tercio, solidariamente con los demás.

En ese sentido, pues, el motivo se estima parcialmente.