



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

INMIGRACIÓN ILEGAL. ART. 318 BIS CP

OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES
EXTRANJEROS. ART. 311 BIS

SEGUNDO SEMESTRE. 2018

INDICE

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

II. INMIGRACIÓN ILEGAL

A. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA.

RETROACTIVIDAD..... p.9.

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

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

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

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

A.2.1. COMO TURISTA CON EL PROPOSITO DE
PERMANECER

A.2.2. CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN DE
PARENTESCO

a. MATRIMONIO DE CONVENIENCIA



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

b. OTRO VINCULO FAMILIAR

A.2.3.CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN LABORAL

A.3.AYUDA A LA PERMANENCIA

a. CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN DE PARENTESCO

a.1.MATRIMONIO DE CONVENIENCIA

a.2.SIMULACIÓN DE OTRO VINCULO FAMILIAR

b. CON SIMULACIÓN DE RELACIÓN LABORAL

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

B.1.PUESTA EN PELIGRO

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

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

B.3.ORGANIZACIÓN.....p.18.

C.SUBTIPO ATENUADO

D.PARTICIPACIÓN

D.BIS.CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES O ATENUANTES

E. ÁNIMO SUBJETIVO

III.OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

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

B. TIPOS CUALIFICADOS

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

V. PRUEBA

INMIGRACIÓN ILEGAL...p.31.

A. DECLARACIÓN DEL ACUSADO



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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

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

C.RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO O EN RUEDA

D.INTERPRETE

E. VIDEOCONFERENCIA

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

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

G. ENTRADAS Y REGISTROS

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

H. OTRASPRUEBAS

OCUPACIÓN DE TRABAJADORES

A. CONDICIÓN DE EMPRESARIO O ADMINISTRADOR.p.58.

B. CONDICIÓN DE TRABAJADORES.....p.59.

VI.PENA APLICABLE

A. INMIGRACIÓN ILEGAL

B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS..p.62.

VII.RESPONSABILIDAD CIVIL

A. INMIGRACIÓN ILEGAL

B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS..P.64.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

VIII.OTRAS CUESTIONES
IX.OTROS DELITOS RELACIONADOS
A. BLANQUEO
B. FALSEDAD.....P.66.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

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.

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

Algunas de las cuestiones más interesantes que se analizan son:

Inmigración ilegal.318 bis

Consideración general de la reforma.

Tras la reforma de la LO 1/2015 se reduce la pena en la inmigración ilegal ya que a diferencia de la trata hay un consentimiento del inmigrante. El apartado 1 del art.318 bis CP castiga la ayuda a la entrada o tránsito salvo que se persiga una ayuda humanitaria, imponiéndose la pena en su mitad superior si hay ánimo de lucro. Como modalidades hiperagravadas del apartado 1 está la existencia de organización criminal y la puesta en peligro de la vida e integridad física. En el apartado 2 se castiga la ayuda a la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

permanencia con ánimo de lucro. Se mantiene para ambas modalidades el agravamiento por razón del carácter público del culpable y la responsabilidad de la persona jurídica, así como la modalidad atenuada. STS nº 400/2018, de 12 de septiembre. Esta Sentencia confirma la SAP de Sevilla, secc.4ª, nº 328/2017, de 4 de julio. Vid Boletín segundo semestre 2017.

Competencia

Mientras no quede claro la calificación jurídica respecto a si hay sólo inmigración ilegal o también trata, la competencia es a favor del Juzgado de Valencia que es donde se produce la explotación de la trata y no el Juzgado de Málaga. territorio por el que entraron los inmigrantes que sería el competente si sólo hubiera inmigración ilegal. ATS de 17 de octubre de 2018 (Recurso 20614/2018)

Organización criminal

La organización criminal requiere más de dos personas, estabilidad, una mínima estructura con reparto de funciones y la presencia de una finalidad criminal, en este caso de inmigración ilegal. Se describe a quien desde Nigeria ostenta la jefatura y puede perdonar la deuda, quien obtiene y remite desde Nigeria los pasaportes, quien recauda el dinero y quien lo recoge. La organización opera desde el 2004. STS nº 400/2018, de 12 de septiembre.

La Fiscalía presenta acusación contra una organización de tráfico de inmigrantes iraníes que los introduce en territorio Schengen desde Grecia. Los lleva a Madrid y desde allí los trasladan a Tenerife donde intentan que entren en el Reino Unido. Se acusa al responsable de la red en España que es declarado rebelde, a los inmigrantes también rebeldes y a los colaboradores en Madrid y Tenerife que son los únicos efectivamente juzgados. Se absuelve por organización.

La Sala reprocha que la investigación haya establecido la organización, fije roles no probados y una responsabilidad de todos por dominio funcional. Hay que probar a la inversa. Primero delitos cometidos por cada individuo y luego ver las conexiones personales. En este caso, no se cuenta con el jefe en España ni con los inmigrantes que están en rebeldía,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

tampoco figuran contactos de los acusados entre sí ni con la red en el extranjero. hay conversaciones entre los investigados y el jefe rebelde en relación a actos aislados de colaboración en el tráfico de inmigrantes concretos. De probarse se aplicaría el tipo básico del art.318 bis. SAP de Tenerife, secc.2ª, nº 175/2018, de 28 de mayo,

No hay grupo porque no hay estabilidad. Son actos de colaboración con la inmigración aislados. SAP de Tenerife, secc.2ª, nº 175/2018, de 28 de mayo

Hay organización. El hecho de que el acusado venga a recogerá la testigo tras una llamada a un teléfono que se facilita a la testigo protegido en Tánger, revela el contacto del acusado con quienes embarcan a la testigo protegido. El cobrar revela una estructura. El que en el domicilio haya hasta cuatro mujeres implica estabilidad. SAP de Sevilla, secc.4ª, de 5 de noviembre de 2018 (Sumario 1/2017).

Testifical

La Audiencia no precisa que concretas declaraciones han prestado los funcionarios policiales sobre los que se basa la condena. STS nº655/2018, de 14 de diciembre

Escuchas

Se anulan las escuchas porque la Audiencia no detalla el contenido de los oficios policiales sobre los que el Juez de Instrucción concedió la autorización. STS nº655/2018, de 14 de diciembre

Nulidad de la Sentencia recurrida. Hay que concretar el contenido de las conversaciones o del atestado que justifican la inculpación y en qué aspectos fueron ratificados. STS nº655/2018, de 14 de diciembre

Validez de que sólo se transcriban al castellano las informaciones relevantes que selecciona la Policía. Ninguna parte ha cuestionado la traducción. Las grabaciones integras están incorporadas al procedimiento y



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

las defensas pudieron detectar cualquier deficiencia. STS nº400/2018, de 12 de septiembre

Criterios seguidos para mantener la prisión

La gravedad del delito y de las penas cuando se trata de inmigración ilegal con organización y falsedad. AAP de Barcelona, secc.3ª, nº 867/2018, de 26 de noviembre

Prueba indiciaria que acredita la autoría: atestado con roles de la organización y escuchas refrendadas por los seguimientos. AAP de Barcelona, secc.3ª, nº 867/2018, de 26 de noviembre

Riesgo de fuga. Recurrente es nacional extranjera en situación irregular sin arraigo. Se enerva el riesgo de fuga. AAP de Barcelona, secc.3ª, nº 867/2018, de 26 de noviembre

Ocupación ilegal masiva de trabajadores extranjeros. Art.311 CP

No apreciación de continuidad delictiva. SAP de Castellón, secc.1ª, nº 266/2018, de 2 de septiembre

Aunque el acusado desempeñara también funciones de camarero tenía el dominio funcional como propietario. Reconoce que lo era y así consta en el informe de la Inspección y en la escritura de venta de participaciones sociales. SAP de Castellón, secc.1ª, nº 266/2018, de 2 de septiembre

Se valora para imponer la pena que el acusado carece de antecedentes penales, sanciones administrativas y la menor gravedad de la conducta por coincidir el número de trabajadoras no dadas de alta con la totalidad de la plantilla. SAP de Castellón, secc.1ª, nº 266/2018, de 2 de septiembre

La cuantía de la responsabilidad civil no viene determinada por el importe de la infracción administrativa sino por el de las cuotas dejadas de abonar a la Seguridad Social el día de la inspección ya que no consta que trabajaran en periodos anteriores. SAP de Castellón, secc.1ª, nº 266/2018, de 2 de septiembre



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

II. INMIGRACIÓN ILEGAL

A. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA. RETROACTIVIDAD

Tribunal Supremo

1. STS nº 400/2018, de 12 de septiembre

La ayuda a la inmigración ilegal mantiene en el ámbito del Derecho Penal europeo y español un marco punitivo menos riguroso que la trata en la medida en que se basa en el consentimiento del extranjero, sancionándose en esencia la normativa reguladora de la entrada, tránsito o permanencia de extranjeros en territorios de la Unión, protegiéndose el derecho del extranjero de modo más colateral.

El tipo previsto en el *artículo 318 bis vigente hasta la reforma la LO 1/2015* castigaba al 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».

Como han puesto de relieve distintas resoluciones de *esta Sala (entre otras SSTS 658/2015 de 26 de octubre o 482/2016 de 3 de junio)* la *tipificación específica y autónoma de los delitos de trata de personas incorporada por la LO 5/2010, de 11 de enero*, marcó una separación conceptual entre los supuestos que integran aquélla, revestidos de una especial gravedad y el delito del artículo 318 bis dedicado a la sanción de supuestos de menor entidad. La trata de seres humanos emerge con esa especial gravedad precisamente porque consiste en la instrumentalización de las personas a través de procedimientos que quebrantan su consentimiento o libertad de decisión, con la finalidad de someterlas a situaciones de explotación de diversa naturaleza (esclavitud, prostitución forzada), y aparece regulada en el ámbito del Derecho Penal Europeo a través de la Decisión Marco 2002/629, del Consejo, de 19 de julio, actualizada por la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Por el contrario la ayuda a la inmigración ilegal mantiene en el ámbito del Derecho Penal Europeo, y ahora en el interno, un marco punitivo menos riguroso, en la medida en que se basa en el consentimiento del extranjero en la operación migratoria, sancionándose esencialmente la vulneración de la normativa reguladora de la entrada, tránsito o permanencia de extranjeros en el territorio de la Unión (Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, y Decisión Marco 2002/946/JAI), sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral. De esta manera en el bien jurídico protegido en este delito confluyen dos tipos de intereses, como destaca la doctrina científica y la jurisprudencia: el interés general del Estado de controlar los flujos migratorios, evitando que estos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y por otro lado el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los emigrantes (STS 178/2016 de 4 de marzo).

En orden a los elementos típicos, tráfico ilegal e inmigración clandestina, con independencia de la posible coincidencia entre ambos, no tienen la misma significación jurídica. Por tráfico ilegal se ha entendido cualquier movimiento de personas extranjeras que contravenga la legislación española sobre inmigración. De modo que el tráfico ilegal no es solo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad (STS 1238/2009 de 11 de diciembre). Se ha considerado migración clandestina cualquier burla, más o menos subrepticia, de los controles legales de inmigración, fuera también de cualquier autorización administrativa (STS 302/2007 de 3 de abril).

La clandestinidad a que se refiere el precepto en la versión que ahora nos ocupa, no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que el delito incluye como tráfico ilegal la utilización de fórmulas autorizadas de ingreso transitorio



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

en el país (visado turístico por ejemplo) con fines de permanencia, buscando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones y así se reputa delito de inmigración clandestina el hecho de entrar en España bajo la condición de turista con el propósito de permanecer aquí trabajando, tratándose de personas que carecen de permiso de trabajo y de residencia en España (entre las más recientes *SSTS 167/2015 de 24 de marzo* y *298/2015 de 13 de mayo*).

La conducta típica aparece descrita de forma abierta, lo que se potencia con las expresiones favorecimiento, facilitación y promoción y con las modalidades de forma directa o indirecta, de manera que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo de la inmigración o de la emigración y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad está incluida en la tipicidad (en el mismo sentido las STSS 1059/2005 de 28 de septiembre; 913/2009 de 23 de septiembre o 466/2012 de 28 de mayo). Las expresiones directa o indirecta hacen referencia a una mayor o menor cercanía con el sujeto migratorio, no requiriendo un contacto personal con el sujeto que emigra de forma clandestina. Si bien el comportamiento exige un plus de gravedad sobre la mera ilegalidad administrativa constitutiva de una infracción de este tipo.

No precisa de la presencia de ánimo de lucro, pues cuando éste concurre es de aplicación el subtipo agravado.

2. La entrada en vigor de la LO 1/2015 de reforma del Código Penal obligó a efectuar, como ya hizo la Sala de instancia, la correspondiente comparación normativa que permitió determinar que la nueva regulación resulta más beneficiosa para la acusada y por ello retroactivamente aplicable, frente a la vigente a la fecha de los hechos, que esbozaba una horquilla penológica de 4 a 8 años de prisión, elevada hasta 12 para las modalidades agravadas, entre las que se encontraban la pertenencia a una organización destinada a la inmigración ilegal.

El objetivo de la reforma en relación a los delitos de inmigración ilegal del *artículo 318 bis* , según explica el *Preámbulo de la Ley reformadora*, es doble: de una parte, definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

de la Unión Europea, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE ; y, de otra, ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante.

De esta manera ha delimitado con mayor precisión las conductas punibles, y la imposición obligatoria de penas de prisión ha quedado reservada para los supuestos especialmente graves. De acuerdo con la citada *Directiva 2002/90/CE, se parte del consentimiento del extranjero en la operación migratoria, por lo que se ha eliminado del artículo 318 bis toda alusión a supuestos que implican vicio en el consentimiento de aquél, ausencia del mismo o compromiso de su libertad de decisión característicos del concepto de trata de seres humanos. Así han desaparecido las referencias al engaño, violencia, intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad, necesidad o superioridad, el ser la víctima menor de edad o incapaz. Los comportamientos previstos como tipo básico del derogado 318 bis se desglosan ahora en dos modalidades distintas de contornos más nítidos, la ayuda a la entrada y circulación en el territorio del Estado, y la que lo es exclusivamente a la permanencia, que en todo caso requieren la infracción de la legislación española sobre la materia.*

Tras la reforma de la LO 1/2015, el apartado 1 del art.318 bis CP castiga la ayuda a la entrada o tránsito salvo que el objetivo perseguido fuera la ayuda humanitaria. No se necesita ánimo de lucro que si concurre determinará que se imponga la pena en su mitad superior. Hay modalidades hiperagravadas (de 4 a 8 años de prisión) como la de organización que se dedicara a la realización de tales actividades y la puesta en peligro de la vida y en grave riesgo la integridad física.

El apartado 2 castiga la ayuda a la permanencia con ánimo de lucro.

Se mantiene para ambas modalidades la agravación por razón del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

carácter público del culpable y la responsabilidad de la persona jurídica, así como la modalidad atenuada.

Así el nuevo artículo 318 bis , en su apartado 1 castiga con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año, al que «intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros», salvo que el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate, supuesto en el que los hechos no serán punibles. El tipo no exige ánimo de lucro, que si concurre determina que la pena se imponga en su mitad superior. Y se establecen modalidades hiperagravadas, para las que se prevén pena de 4 a 8 años, cuando se haya actuado en el seno de una organización que se dedicare a la realización de estas actividades (cuál es nuestro caso) o cuando se hubiere puesto en riesgo la vida o gravemente la integridad física de las personas objeto de la infracción.

El apartado 2 castiga también con pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año, a quien «intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros».

Se mantienen para ambas modalidades respecto a la regulación precedente el tipo agravado por razón del prevalimiento del carácter público del autor, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y la posibilidad de degradar la pena en atención a la menor gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por él.

Audiencia Provincial

1.SAP de Sevilla, secc.4ª, de 5 de noviembre de 2018 (Sumario 1/2017)



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Se aplica el delito de inmigración ilegal en la versión introducida en el CP por la reforma de la LO 1/2015 al ser más favorable. No se aplica el delito de trata por no estar vigente en la fecha de los hechos.

SEGUNDO. - Los hechos declarados probados son constitutivos, en primer lugar, de un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina del art. 318 bis, 1 y 3-a) del CP, en su versión aprobada por LO 1/2015, que es más favorable que la versión vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos, del que son autores los procesados L y V. Sin que puedan ser tipificados, como propuso el Mº Fiscal como constitutivos de delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis. del CP, porque este precepto no se encontraba vigente en la fecha en que la TP llegó a España, 13 de agosto de 2010, ya que fue aprobado por LO 5/10, que entró en vigor el 23 diciembre 2010.

A.BIS.COMPETENCIA

Tribunal Supremo

1.ATS de 17 de octubre de 2018 (Recurso 20614/2018)

Si es un delito de inmigración ilegal sería competente el Juzgado de Málaga ya que la entrada de los inmigrantes se produce por Málaga. Si hubiera un delito de trata de personas sería competente el Juzgado de Valencia ya que es en esta localidad donde la víctima ejercería la prostitución mediante amenazas. En este momento de la investigación no está clara la calificación jurídica de los hechos. Dado que la víctima ejerce la prostitución en Valencia y la Policía ha contactado con ella en su actividad de protección de víctimas de trata de personas es competente Valencia sin perjuicio de lo que luego resulte.

Valencia incoa Diligencias Previas cuando la Policía de Valencia remite al Juzgado, un atestado instruido a consecuencia de la actividad desarrollada en protección de víctimas de trata de seres humanos para su explotación sexual por lo que pudiendo ser una de ellas la testigo protegida, nigeriana que desconoce la lengua española, le procuran la asistencia de un



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

intérprete y le recogen la denuncia. La denuncia se presenta en Valencia por ser el lugar donde se encuentra la víctima y manifiesta estar amenazada por una persona que ya la obligó a prostituirse en Marruecos y posteriormente le dijo cómo tenía que venir a España y ponerse en contacto con otra persona quien, a su vez, es la que le indicó que tenía que dirigirse a Valencia y prostituirse para pagar al primero, la deuda que había contraído por el viaje desde Nigeria. No obstante, la entrada en España se produce por Málaga, lugar donde la Cruz Roja rescata a la denunciante *"en alta mar"* junto con otros inmigrantes, y desde donde, de nuevo la Cruz Roja, la condujo a un centro de acogida en Bilbao. Valencia en el mismo auto de incoación de 16/4/18, se inhibe a Málaga. El nº 1 al que correspondió, por auto de 16/5/18 rechaza la inhibición. Planteando Valencia esta cuestión de competencia negativa que nos ocupa, argumentando que los hechos podrían ser constitutivos de un delito del art. 318 bis del Código Penal, habiéndose producido la entrada en nuestro país a través de la localidad de Málaga y sin que ninguno de los elementos de dicho delito haya sido cometido en Valencia. Por el contrario, Málaga, sostiene que, si bien los hechos constituyen un delito del art. 318 bis del Código Penal, como manifiesta el Fiscal en su informe, también podrían ser constitutivos de otro delito de trata de seres humanos puesto que al amenazar a la testigo protegida con hacerle el vudú (ya le habían cortado un trozo de pelo en Marruecos) en el caso de que no abonara una cantidad de dinero por el traslado, le indicaron que para ello debía prostituirse.

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

Así en el caso de ser los hechos constitutivos de un delito del art. 318 bis del Código Penal, la competencia correspondería al Juzgado de la localidad en la que la víctima entró en España (Málaga), mientras que de ser susceptibles de ser calificados como un delito del art. 177 bis del Código Penal, al ejercer la prostitución en Valencia bajo amenazas, sería el Juzgado de dicha localidad el competente. No obstante, el problema que se plantea es que según la documentación remitida, aún no está claro si la conducta del denunciado, quien según se dice sin aportar ni un solo dato sobre él, vive en Marruecos y no parece que vaya a ser localizado, es una conducta que se agotó al enviar a España a la denunciante, donde ésta ya se prostituiría de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

forma voluntaria o si por el contrario, a través de la amenaza de practicarle el vudú y con colaboración de una tal Victoria de la que tampoco se ofrece dato alguno, la explotaba sexualmente en nuestro país. Estando la investigación en sus comienzos, sin que inicialmente parezca que vaya a ofrecer grandes frutos y ante la duda sobre la calificación de los hechos, dado que la aparición de la denunciante se produce en Valencia donde estaba ejerciendo la prostitución y que la Policía contacta con ella precisamente en la actividad de protección a víctimas de delitos de trata de seres humanos, sin perjuicio de lo que pueda resultar más adelante, procede otorgar a Valencia la competencia.

A.TER.TIPO BASICO

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

Tribunal Supremo

1.STS nº 400/2018, de 12 de septiembre

En los hechos se relata que desde el 2004, la acusada con algunas otras personas residentes en su país natal se dedica a introducir personas, principalmente nigerianas, en España de forma irregular. y reclamarles una elevada deuda. Hay una palmaria infracción de toda la normativa administrativa.

3. El relato de hechos afirmó que Inés se dedicó, al menos desde el año 2.004 y en unión de algunas otras personas residentes en su país natal, «a introducir irregularmente en España a personas de origen subsahariano, principalmente de Nigeria, organizándoles y financiando su desplazamiento hasta territorio español, para una vez aquí reclamarles una elevada deuda por todo ello, lo que acompañaba del anuncio de causación de distintos males a la propia persona o a sus familiares en Nigeria si no la saldaban, deuda para cuyo pago no dudaba en indicarles la prostitución como único medio para obtener ingresos con los que atender los importantes pagos periódicos hasta saldar por completo lo debido, a lo que tales personas, sin permiso de trabajo



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

o residencia ni ingresos de ningún tipo con los que subvenir a su propio mantenimiento y, menos aún, a los pagos reclamados, accedían. Cuando éstas personas así lo reclamaban, y previo pago de otra cantidad, Inés y los demás miembros del grupo les facilitaban pasaportes a su nombre que previamente habían falsificado en Nigeria y les hacía llegar a España».

En ese escenario se enmarca el reclutamiento de D^a Miriam. Las personas nigerianas que la ahora recurrente y quienes con ella colaboran traen a España, no acceden por los lugares o fronteras específicamente habilitadas para ello, sino por el mar burlando los correspondientes controles y normas administrativas. Consta que la Sra. Miriam, tras un penoso viaje desde Nigeria, fue introducida en patera desde Marruecos, quedando en España en una situación de absoluta desprotección. Tenía vedado el acceso al empleo u otra fuente regular de ingresos, pues carecía de permiso de trabajo o residencia, sin más cobertura social que la asistencia sanitaria de carácter territorial. Como explicó la sentencia recurrida «a Miriam le ofrecieron una vida mejor y un trabajo que quienes la trajeron sabían que no le proporcionarían, aprovechándose de su desconocimiento o ignorancia sobre la realidad, encargándose ya aquí Inés de transmitirle la realidad, que no era sino que debía pagarles una elevada cantidad de dinero sin tener medios regulares con que obtenerlos; tan irregular fue su entrada como su permanencia, ocupándose Inés a través de tercera persona no identificada que la llevó hasta ella, de sustraerla a los controles administrativos que lógicamente habían derivado en un acuerdo administrativo para su devolución o expulsión, trasladándola desde Algeciras a Sevilla y proporcionándole aquí alojamiento e incluso sustento durante los primeros meses, hasta que alumbró al hijo que esperaba ya a su llegada a España. Es decir, Inés y las personas con las que colaboraba en Nigeria (Lucas, su propio hermano y otra mujer, al menos), planificaron y desarrollaron el desplazamiento de Miriam desde Nigeria primero hasta Casablanca, en condiciones infrahumanas del viaje y de su estancia allí, y proporcionaron también el paso del Estrecho en una patera durante toda una noche de travesía, de manera que no sólo facilitaron sino que materializaron la entrada clandestina de Miriam en España con palmaria infracción de todas las normas vigentes sobre inmigración



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

B. SUBTIPOS AGRAVADOS

B.2. ANIMO DE LUCRO

Tribunal Supremo

1.STS nº 400/2018, de 12 de septiembre

El propósito de los acusados era reclamar elevadas cantidades de dinero. El lucro del art.318 bis.1 y 3.a) fluye con naturalidad.

con fines además netamente lucrativos pues su propósito no era sino demandar después elevadas cantidades por ese desplazamiento a quien lo habla sufrido tan penosamente y había visto ya defraudadas cualesquiera expectativas de una vida mejor». La aplicación del tipo previsto en el artículo 318 bis 1 y 3 a) fluye con naturalidad.

B.3.ORGANIZACIÓN

Tribunal Supremo

1.STS nº 400/2018, de 12 de septiembre

La organización criminal requiere más de dos personas, estabilidad, estructural con reparto de funciones, y finalidad criminal, en este caso de inmigración ilegal. La Sentencia recurrida describe una estructura delictiva que de manera estable integra a distintas personas. La acusada Inés o el conocido como Lucas, que desde Nigeria ostentaba la jefatura quien, según la prueba practicada, tenía la potestad de fijar o condonar deudas, el hermano de Inés que se encargaba de la obtención y remisión desde Nigeria de los pasaportes falsificados que necesitaba, o la conocida como Madre de Marí Jose, que recogía allí el dinero que la recurrente recaudaba en España. Conforme a la prueba practicada la organización lleva funcionando desde el año 2004, urdieron una red para, de manera reiterada, introducir inmigrantes ilegalmente en España a cambio de un precio, para una vez aquí, reclamarles la deuda contraída.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

4. La modalidad agravada prevista tras la LO1/2015 en el *artículo 318bis 3 a) CP*, que es la aplicada en este caso, se enuncia para «cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades». Su precedente legislativo se refería a «cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades» (*artículo 318 bis 4 CP* según redacción anterior a la reforma operada por aquella).

Respecto a lo que deba considerarse organización en una interpretación integrada del CP, hemos de acudir a la definición legal que incorpora el *artículo 570 bis redactado por la LO 5/2010*: «A los efectos de este Código, se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos...». Lo que supone que ahora el subtipo previsto en el *artículo 318 bis 3 a) CP* incorpora para la organización la exigencia de estabilidad que impone el artículo 570 bis, y se excluye de la agravación el consorcio meramente transitorio u ocasional que abarcaba en la regulación anterior a la reforma de 2015.

Se trata de perseguir la comisión del delito mediante redes mínimamente estructuradas que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, propician un más fácil aprovechamiento para los autores, y también una eventual gravedad de superior intensidad en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión. Son estas consideraciones las que justifican la exacerbación de la pena.

La jurisprudencia, al interpretar esta agravación, ha distinguido entre participación plural de personas, encuadrable en el ámbito de la coautoría, y aquella otra que se integra en la modalidad agravada. En su virtud ha afirmado que la mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución de unos hechos típicos, indica una pluralidad de autores o partícipes en el hecho delictivo, pero no tiene por qué suponer la aplicación



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

de la agravación específica derivada de la organización. La pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación; la intervención de varias personas, aun coordinadas, no supone la existencia de una organización en cuanto un aliud y un plus, frente a la mera codelincuencia (SSTS 706/2011 de 27 de junio; 940/2011 de 27 de septiembre; 1115/2011 de 17 de noviembre, 223/2012 de 20 de marzo o 145/2017 de 8 de marzo).

La organización es algo más. Con arreglo a la doctrina de *esta Sala* (SSTS 309/2013 de 1 de abril y 855/2013 de 11 de noviembre) la organización criminal se caracterizaría por la agrupación de más de dos personas, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada, con aquella finalidad. De esta manera su apreciación exige 1º) Pluralidad subjetiva: Agrupación formada por más de dos personas; 2º) Permanencia: con carácter estable o por tiempo indefinido; 3º) Estructura: que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones; 4º) Finalidad criminal: con el fin de cometer delitos, en nuestro caso, de inmigración ilegal. Lo relevante para la concurrencia de las mismas es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas, con independencia de su calificación como delitos independientes, delitos continuados o delitos sancionados como una sola unidad típica, por ejemplo, en el caso del tráfico de drogas.

En este caso, el relato de hechos de la sentencia recurrida describe una estructura delictiva en la que de manera estable integra a distintas personas. La acusada Inés o el conocido como Lucas, que desde Nigeria ostentaba la jefatura, quien, según la prueba practicada, tenía la potestad de fijar o condonar deudas; el hermano de Inés que se encargaba de la obtención y remisión desde Nigeria de los pasaportes falsificados que necesitaba, o la conocida como Madre de Marí Jose, que recogía allí el dinero que la recurrente recaudaba en España. En resumen, una pluralidad de personas coordinadas de manera estable, pues venían funcionando al menos desde 2004, con asunción de distintos roles, que urdieron una red para de manera reiterada introducir inmigrantes ilegalmente en España a cambio de un precio, para una vez aquí, reclamarles la deuda contraída, lo que encaja de plano en la modalidad agravada aplicada.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Audiencia Provincial

1.SAP de Tenerife, secc.2ª, nº 175/2018, de 28 de mayo

El 570 bis define la organización criminal, el art.570 ter in fine el grupo criminal y art.318 bis 3 a) prevé como subtipo agravado la pertenencia a organización criminal para la ayuda a la entrada o tránsito, no a grupo, no pudiendo interpretarse extensivamente.

Como venimos diciendo, el Ministerio fiscal ha sostenido en juicio que estábamos en presencia de una organización criminal, lo que de probarse determinaría la aplicación de la figura cualificada contenida en el artículo apartado 3 a) del artículo 318 bis, tras las reformas operadas por la LO 5/2010, sin incidencia en la reforma de la LO 1/2015. Como éste ha sido hilo conductor de la acusación, resulta necesario que en primer lugar definamos el concepto normativo penal de organización y examinemos la prueba disponible. Conforme a la doctrina sostenida por el *Tribunal Supremo en sus sentencias 824/2016, de 3 de noviembre* , *798/2016, de 25 de octubre* , *644/2015* , *603/2014, de 23 de septiembre* , *576/2014, de 18 de julio* , *371/2014, de 13 de mayo* , *309/2013, de 1 de abril* , *855/2013, de 11 de noviembre* y *544/2012* , la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente, pero mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concorra ninguno de estos requisitos, o cuando concorra uno solo. De esta forma, se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión. La idea de organización no se refiere solamente a la constatación de que unos miembros de la agrupación de personas desempeñen unas tareas distintas de las que otros desarrollan, sino a que lo hagan dentro de una estructura dotada de una cierta consistencia y rigidez, mantenida en el tiempo, tanto en la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

jerarquía como en la distribución de roles, superior en todo caso a la que ordinariamente aparece en cualquier unión de personas con fines delictivos, sea encuadrable en el grupo criminal o en supuestos de mera codeincuencia.

El *art. 570 bis del Código Penal* define a la organización criminal como: "...la 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". Y, por su parte el *art. 570 ter in fine*, describe el grupo criminal como "...la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos".

Esta delimitación es precisamente la que sostiene en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país. En el Artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado"[ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada".

El apartado 3 a) del artículo 318 bis contiene la figura agravada de la ayuda intencionada a un extranjero no perteneciente a la Unión Europea a entrar o transitar por territorio español, con vulneración de la correspondiente normativa, con ánimo de lucro, cometiéndolo en el seno de una organización dedicada a tales actividades. El legislador ha introducido expresamente como elemento normativo la pertenencia a organización



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

delictiva, lo que debe excluir los supuestos de grupo organizado. Se trata de una figura cualificada que no puede interpretarse de forma extensiva más allá de su propia significación jurídica, siguiendo las premisas predeterminadas por el legislador y desarrolladas por nuestra jurisprudencia.

Tampoco hay grupo criminal ya que no hay estabilidad, ni medio concertado de las personas llamadas a delinquir, sino que se habrían realizado acciones aisladas de los acusados, ligadas entre sí con la persona del principal encausado y rebelde. Si se pudieran probar habría que condenar por el tipo básico.

Conforme a la amplia doctrina jurisprudencial expuesta, debemos afirmar que los hechos sostenidos por el Ministerio fiscal no se podrían encuadrar en la tipificación de organización criminal, excluyendo con ello la cualificación del delito pretendida conforme al apartado 3 a) del artículo 318 bis. Pero tampoco se podrían tipificar en el contexto legal de grupo criminal, pues como veremos por la prueba practicada, ni existió estabilidad, ni medió concertación entre las personas llamadas a delinquir, sino que se habrían realizado acciones aisladas por cada uno de los encausados, ligadas en la persona del principal encausado y rebelde en la causa, algunas de ellas que no superan el test de conductas neutrales y otras asociadas a hechos que no se contiene en la acusación del Ministerio Fiscal. En su consecuencia, si se pudieran acreditar hechos delictivos en las personas de los encausados se deberían tipificar en la norma base del artículo 318 bis1, con la cualificación de lucro; esto es, la ayuda intencionada a un extranjero no perteneciente a la Unión Europea a entrar o transitar por territorio español, con vulneración de la correspondiente normativa, con ánimo de lucro. Como se sostiene en la *sentencia del Tribunal Supremo 297/2009*, no puede considerarse ilógica la conclusión de la existencia de un evidente ánimo de lucro, ya que, si no, no se explica de otra manera que el recurrente se ofreciera para la comisión de un delito respecto de personas a las que no conocía, sin obtener beneficio alguno de ello.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Audiencia Provincial

1.SAP de Sevilla, secc.4ª, de 5 de noviembre de 2018 (Sumario 1/2017)

La existencia de la organización se colige de forma natural si al testigo protegido a su llegada a Algeciras le llaman, es indiferente quien, a un teléfono que le ha facilitado en Tánger quien está al frente del operativo y luego es recogida por el procesado que la lleva al domicilio de otra persona. Esto sólo se explica por la presencia de un contacto con quienes embarcaron a la testigo para introducirla a España y la presencia de una organización que tiene como fin introducir inmigrantes. El que cobren, revela que hay una estructura, un reparto de funciones. No es un acto esporádico. En el domicilio había hasta cuatro mujeres y se encontraron restos de tres.

Que los autores pertenecían a una organización que se dedicaba a la promover, favorecer o facilitar la inmigración clandestina se colige de forma natural si hemos declarado probado que cuando llegó a Algeciras, B o su esposo, es indiferente quien lo hiciere, a la TP la llamaron al teléfono que le había dado en Tánger quien estaba al frente del operativo, como le advirtió ocurriría, y, en efecto, después fue recogida por el procesado V, que la llevó al domicilio de B. Esto solo puede explicarse porque B y V tenían contacto con quienes embarcaron a la TP para introducirla en España. Si además, B cobraba por actos realizados por terceros a la TP y a otras mujeres que tenía alojadas en su domicilio que se encontraban en su misma situación, es evidente para este tribunal que ello solo puede explicarse porque pertenecían a una red organizada que tenía como finalidad introducir ilegalmente a personas en España, porque nadie cobra el trabajo desplegado por otro si no existe un acuerdo de voluntades y una comunidad de intereses en el que cada uno realiza una función determinada pero necesaria para el objetivo común, que no es otro que lucrarse introduciendo ilegalmente personas en territorio nacional. Y la operativa no fue una eventualidad porque, como declararon la TP y T, en la casa se alojaban hasta 4 mujeres en las mismas condiciones que realizaban idéntico trabajo, como constata que se encontraran restos biológicos de 3 mujeres en el domicilio de L.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

III. OCUPACIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

A. TIPO BÁSICO.

Audiencia Provincial

1.SAP de Castellón, secc.1ª, nº 266/2018, de 2 de septiembre

Naturaleza laboral de la relación de alterne

La jurisprudencia de la Sala 4ª considera laboral la relación de alterne.

Por otro lado, y a propósito de la naturaleza jurídica de la relación que une al empleador con las personas que, como sucede en el caso que nos ocupa, realizan la actividad de alterne, las SSTS, Sala 2ª, Núm. 1390/2004, de 22 Nov. y núm. 270/2016, de 5 Abr. [Rec. 10381/2015] han recordado que según la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo (SS. 3.3.81, 25.2.84, 21.10.87 y 4.2.88, 27.11.2004 y 17.11.2004 entre otras) que "el hecho de concertar entre las partes una actividad consistente en prestar servicios, mediante la permanencia en un determinado periodo de tiempo en el local, sometida a horario para la captación de clientes, al objeto de consumir bebidas, evidencia una actividad en la que concurren las notas tipificadoras de toda relación laboral, cuales son la prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada; llegando a precisar que la relación que mantienen las señoritas de alterne con el titular del establecimiento donde desempeñan su cometido es de naturaleza laboral. Del mismo modo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha sostenido un concepto amplio de ocupación laboral en el que ha venido incluyendo la dedicación a la prostitución (SSTS, Sala 2ª, Núm. 1045/2003 de 18 Jul., Núm. 1092/2004 de 1 Oct. y Núm. 1471/2005 de 12 Dic., por cuanto el bien jurídico protegido del art. 312.2 está constituido por un conjunto de intereses concretos referidos a la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas de explotación



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

que atenten contra los derechos laborales de las/os trabajadoras/es, incluyendo a todos aquellos que presten servicios remunerados por cuenta ajena, concepto en el que deben incluirse las mujeres que ejercen la prostitución por cuenta y encargo de otro.

Concurren todos los elementos del tipo. Ocupación simultánea de seis trabajadoras extranjeras que representan todos los trabajadores del centro, que desempeñaban voluntariamente el alterne y la prostitución por cuenta ajena, habitualidad, dependencia, retribución y jornada.

Concurren en el presente caso todos los elementos del tipo penal previsto en el *artículo 311 .2º.c) C.P.*, constar la ocupación simultánea en el Club Sabor de seis trabajadoras extranjeras (rumanas) que representaban la totalidad de los trabajadores del centro de trabajo, que venían desempeñando, con habitualidad y voluntariamente, la actividad de alterne y ejercicio de la prostitución a cambio de una retribución y durante el tiempo que el local permanecía abierto al público, actividad ésta que reunía las notas tipificadoras de toda relación laboral, cuales son la prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada, sin que el empleador cumpliera con su obligación de dar de alta en la Seguridad Social, con carácter previo a su inicio, a todas las trabajadoras que la desempeñan.

No apreciación de continuidad delictiva.

No apreciamos, sin embargo, la continuidad delictiva (art. 74 C.P.) a la que hace mención el Ministerio Fiscal en su conclusión definitiva segunda pero sin explicar ni fundar en que se basa para sostenerla, pues el concreto delito contra los derechos de los trabajadores previsto en el *artículo 311.2º.c) C.P.* contempla ya una pluralidad de trabajadores afectados con distintos porcentajes según empresas cuyas relación laboral no ha sido dada de alta en el régimen de la Seguridad Social o sin obtener la correspondiente autorización de trabajo, no pudiéndose conformar la continuidad delictiva por los distintos trabajadores afectados, ni tampoco por la permanencia en el tiempo de la ocupación laboral sin dación de alta en el régimen de la Seguridad Social.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

TERCERO. - Del expresado delito es responsable, en concepto de autor, incluido en el *artículo 28.1 del Código Penal*, el acusado Anton, por efectuar de forma directa, material y voluntaria los actos que configuran el tipo de infracción antes descrita.

No se aprecian en la comisión del delito contra los derechos de los trabajadores por el referido acusado la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

IV.MEDIDAS CAUTELARES DURANTE LA INSTRUCCIÓN

INMIGRACIÓN ILEGAL

Prisión provisional

Audiencia Provincial

1.AAP de Barcelona, secc.3ª, nº 867/2018, de 26 de noviembre

Concurren los requisitos de la prisión provisional. Presencia de indicios de la comisión de un delito del art.318 bis en el seno de una organización criminal y un delito de falsedad documental. El recurrente asume el rol de captar los clientes, extranjeros irregulares, recibir la documentación falsificada por su propia organización y cobrar de los extranjeros las cantidades procedentes por facilitar la documentación falsificada, entregando después el dinero recibido a otros miembros de la organización.

. - En el presente caso concurren todos los requisitos enumerados en el fundamento jurídico anterior para acordar la medida cautelar de prisión provisional.

(...)

En el presente procedimiento, existen indicios suficientes de la comisión de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, cometido en el seno de una organización criminal, delito previsto en el *art. 318 bis CP* y un delito de falsedad documental del *art. 390 en relación con el art. 392 CP*, ilícitos castigados con penas, que exceden claramente del límite de los dos años de prisión previstos en el *art. 503.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

De la información obrante en las actuaciones se desprende la existencia de indicios de los delitos dichos, tal y como se detallará en el fundamento siguiente de la presente resolución, fundamento que no se notificará a la parte en atención al secreto de las actuaciones acordado.

Así es de interés destacar que de la información obrante en el atestado, cabe estimar indiciariamente acreditado que el recurrente forma parte de una organización criminal dedicada a facilitar la entrada, el tránsito dentro del territorio nacional y de la Unión Europea y facilitar la permanencia de extranjeros en situación irregular, proporcionándoles la documentación necesaria al efecto, documentación manipulada, obteniendo como contraprestación un beneficio económico, siendo dicha actividad desarrollada por diversas personas, que integran dicha organización y que tienen atribuido un rol o reparto de papeles entre ellos, siendo el recurrente, tal y como se desprende indiciariamente de las diligencias de investigación realizadas, la persona encargada de captar los clientes, extranjeros irregulares, recibir la documentación falsificada por su propia organización y cobrar de los extranjeros las cantidades procedentes por facilitar la documentación falsificada, entregando después el dinero recibido a otros miembros de la organización. Así se dice en la resolución que la base indiciaria, al margen de lo que se dice en la parte que no se ha notificado al recurrente y que analizaremos en el posterior fundamento, obtiene su apoyo en el material intervenido en la diligencia de entrada y registro realizada en el domicilio del recurrente. Extremo que debe ser ratificado en atención al material intervenido al recurrente en su domicilio, que consta en las actuaciones.

En segundo lugar, existen motivos bastantes para atribuir el hecho delictivo, a título de autoría al recurrente, como se desprende de los indicios que se permiten constatar en la información obrante en el atestado, siendo el recurrente un miembro destacado de la organización siendo su actuación la de colaborador del miembro principal de la organización y captador de clientes, receptor de documentos falsificados para entregar a los clientes y cobro de dinero por los servicios prestados por la organización.

Riesgo de fuga. La recurrente es nacional extranjera en situación irregular sin arraigo. Sólo la prisión enerva el riesgo de fuga



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Y en cuanto a las finalidades también se aprecia la del riesgo de fuga, en este punto la resolución recurrida explicita de forma clara y entendedora las razones por las que entiende concurrente la finalidad el hecho de ser la recurrente nacional extranjero, en situación irregular, sin trabajo, familia o arraigo de cualquier tipo en el territorio nacional, lo que permite inferir en atención a la gravedad de las penas que llevan a aparejadas los ilícitos y el nulo arraigo en el país de carácter familiar, social o laboral, que el riesgo de eludir la acción de la justicia concurre, sin que sea atendible el alegato del recurrente del largo tiempo que lleva en el territorio nacional o el estar incurso en otro proceso y no haberse sustraído a la acción de la justicia, como enervador del riesgo de fuga, pues en este estadio inicial del procedimiento, la gravedad de las penas a imponer y las circunstancias personales del recurrente de las que como hemos dicho se infiere un nulo arraigo, el riesgo de fuga cabe constatarlo y apreciarlo con intensidad y hace proporcionada la medida limitativa acordada.

También analizando el tipo de actividad delictiva, prolongada en el tiempo, en el seno de una organización, de la que el recurrente ha hecho su medio de vida, el riesgo de reiteración delictiva cabe también apreciarlo.

Lo anterior hace que la medida de prisión provisional, se estime proporcionada, sin que otras medidas cumplan a los efectos de enervar los riesgos que con la medida se pretende evitar. Por lo que el recurso debe ser desestimado.

El recurrente es uno de los principales colaboradores de un miembro destacado de la organización encargado de recibir y distribuir los documentos falsos. Así se desprende de las escuchas telefónicas refrendado por las vigilancias y seguimientos. El atestado ofrece información sobre los roles de la organización.

TERCERO.- Así, en cuanto a la valoración indiciaria de la existencia de los ilícitos y participación en los mismos por parte del recurrente, es de interés la información obrante en el atestado, el recurrente es uno de los principales colaboradores de Carlos Ramón, miembro destacado de la organización, desprendiéndose de las vigilancias y seguimientos policiales que constan en las actuaciones, el papel antes dicho atribuido al recurrente,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

captación de clientes para la organización y encargado de recibir y distribuir los documentos falsos que llegan a España a través de envíos postales, en este punto son de interés el resultado de las intervenciones telefónicas obrantes en autos que se recogen en el atestado, que permiten inferir la labor de captación de clientes, recepción y entrega de la documentación falsa y cobro de los servicios, indicios que se refrendan por el resultado de las vigilancias policiales y efectos intervenidos en la diligencia de entrada y registro en el domicilio del investigado, así como por la información testifical.

El atestado ofrece información sobre los integrantes de la organización, sus roles, que como decimos, se asienta en las investigaciones policiales, seguimientos, e intervenciones telefónicas que permiten subsumir los hechos en los delitos antes dichos.

Es irrelevante que el Auto de prisión no establezca su duración. La prisión tiene por ley sus plazos máximos

Tampoco cabe acoger el argumento del recurrente referido a la ausencia de consignación en la resolución recurrida del tiempo de duración de la medida limitativa, pues la medida acordada tiene dispuesta por disposición legal los periodos máximos de duración, siendo la medida de posible modificación ante un cambio de las circunstancias que dieron lugar a su adopción.

Por todo lo expuesto, los motivos del recurso han de ser desestimados, siendo procedente desestimar el recurso de apelación interpuesto y ratificar íntegramente la resolución impugnada, declarando de oficio las costas que hubieran podido devengarse en la sustanciación del presente recurso.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

V. PRUEBA

INMIGRACIÓN ILEGAL

B. TESTIFICAL. ATESTADO Y PERICIAL MÉDICA

B.2. TESTIFICAL DE POLICIA O GUARDIA CIVIL

Tribunal Supremo

1. STS nº655/2018, de 14 de diciembre

La Audiencia no precisa las concretas declaraciones que han prestado los funcionarios policiales sobre las que se basa la condena. Toda sentencia penal debe indicar cuáles son las pruebas concretas que incriminan individualmente a cada uno de los acusados, analizando tanto las pruebas de cargo como de descargo que se hayan practicado en el seno del juicio oral.

2. En el fundamento tercero de la _sentencia recurrida, al fundamentar la prueba de cargo que consta en la causa con respecto al recurrente, señala el Tribunal sentenciador que aparece integrada por las declaraciones de los funcionarios policiales números NUM018, NUM019, NUM020, NUM021, NUM022, NUM023, NUM024 y NUM018. Sin embargo, no se especifican en la motivación de la sentencia qué declaraciones concretas prestaron los testigos policiales en la vista oral del juicio, de modo que se desconocen qué datos precisos aportó cada uno de ellos para fundamentar la autoría del acusado recurrente. Ni siquiera constan las frases principales que sirvieron para integrar la prueba de cargo.

La motivación que se acaba de reseñar es clara que no cumplimenta los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala para considerar fundamentada probatoriamente la intervención delictiva atribuida al



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

recurrente (SSTS 1015/2012, de 20-12; 848/2016, de 10-11; y 289/2017, de 20-4, entre otras).

Así, en la *sentencia 848/2016, de 10 de noviembre*, se argumenta que no se cumplimenta la tarea de plasmar por escrito los pasos del proceso discursivo sobre la prueba, controlándolo adecuadamente, cuando el Tribunal sentenciador no expone una estructura valorativa de cuáles son las fuentes probatorias que soportan tal armazón probatorio y de donde se infiere el relato histórico que encabeza como *questio facti* el paso inmediato a la subsunción jurídica, o *questio iuris*.

Y prosigue diciendo la *sentencia 848/2016* que el Tribunal sentenciador parece iniciar, tras la referida transposición del cuadro probatorio (que no propiamente valorativo), una especie de resumen que, de todos modos, no satisface el estándar mínimo de conocimiento de cuáles son las fuentes probatorias que involucran a cada uno de los acusados, y los extremos fácticos de donde deducir su participación.

Toda sentencia penal debe indicar cuáles son las pruebas concretas que incriminan individualmente a cada uno de los acusados, analizando tanto las pruebas de cargo como de descargo que se hayan practicado en el seno del juicio oral. Este ejercicio supone también un análisis valorativo que neutraliza cualquier tipo de arbitrariedad judicial, pues se ha de justificar, como si de una plantilla se tratara, cuáles son los datos obtenidos de la prueba practicada de donde se deduce la participación criminal de cada uno de los acusados.

Pues bien, en este caso es claro que el Tribunal de instancia no cumplimentó los requisitos básicos de la motivación probatoria, ya que no consta la fundamentación exigible de forma individualizada e imprescindible para sustentar la condena penal del acusado. Y es que debe sopesar la Sala de instancia que no ha de ser el Tribunal de casación, que no ha practicado las pruebas testificales en la vista oral del juicio, el que vaya extrayendo de las declaraciones policiales prestadas en la vista oral qué apartados le incriminan ni por qué razones probatorias ha de ser considerado el recurrente autor de cada uno de los hechos o episodios que se le atribuyen como supuestos fácticos integrantes de los tipos penales por los que se le condena.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Esa labor, según ya se dijo también en la *sentencia 350/2018, de 11 de julio*, sólo puede realizarla el Tribunal de instancia que ha practicado la prueba con arreglo a los principios de inmediación, contradicción y oralidad, y se halla por tanto en condiciones idóneas para expresar su convicción sobre la veracidad, credibilidad y fiabilidad de los testimonios que sirven para atribuir la autoría delictiva a cada uno de los acusados.

La parte recurrente incide de forma específica en el motivo cuarto del recurso en la frase del fundamento tercero de la sentencia en que el Tribunal argumenta la prueba de cargo con la afirmación siguiente: "comprometiendo igualmente el agente NUM024 y en especial el número NUM018 " al acusado. Y se queja, con razón, de que en la sentencia ni siquiera se ponga de manifiesto en qué términos afectan las declaraciones de esos testigos al acusado impugnante. Por lo cual, encauza el motivo por la vía procesal de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de la falta de motivación de la sentencia, y también por la vulneración del derecho de defensa.

El déficit de motivación no sólo se extiende a esos dos testigos policiales, sino que abarca también los restantes citados *supra*. Pues este Tribunal no tiene competencia para seleccionar qué testimonios constituyen la prueba de cargo, ni tampoco qué apartados de las declaraciones testificales integran el material incriminatorio concreto que sirve de sustento para declarar probados los hechos que configuran el *factum* de la sentencia condenatoria. Nuestra función es supervisar si la selección del testimonio que realiza la Audiencia y de las frases que lo integran albergan el contenido incriminatorio necesario para sustentar probatoriamente la condena. Y ese control o fiscalización de la prueba de cargo no se puede llevar a cabo cuando el Tribunal de instancia ni expresa el contenido de los testimonios policiales ni puntualiza las frases en las que se sostiene la prueba de cargo que sirve de fundamento al *factum* que ha de justificar y legitimar la aplicación de la norma penal.

Se habla de la ratificación por los funcionarios policiales de atestados policiales. Hay que concretar qué contenido de las conversaciones o del atestado justifican la inculpación y en qué aspectos



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

fueron ratificados.

3. Lo que se dice con respecto a este recurrente es extensible al acusado Belarmino, que también alega en su tercer motivo de su recurso la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En ese caso se argumenta en el fundamento tercero de la sentencia recurrida para motivar probatoriamente la condena que "Los Agentes de Policía, en especial el NUM025, afirmó que Belarmino les reconoció que el terminal NUM001 era suyo, si bien luego se negó a declarar. Por las intervenciones supieron que había quedado con una persona en Pryca los Patios, donde le vieron contactar con dos personas. El Agente n° NUM023 reconoció a Belarmino en la Sala y comprobaron cómo Belarmino iba en el vehículo acompañado de un hermano, ratificando los Agentes lo informado acerca de Belarmino al folio 129 del Tomo XX, dedicándose a la tramitación de la gestión de los pasajeros, materializando los transportes manteniendo contacto directo con los gestores encargados de la "captación" de pasajeros en su país de origen, cuyo destino iba a ser un país europeo, una vez expiraba la duración de los visados, e incluso destaca la policía, que por las conversaciones que sostenía Belarmino, éste era conocedor incluso de las detenciones que la Policía estaba realizando, incluso las realizadas a nivel internacional, revelándose en todo caso que Belarmino era uno de los encargados y gestores de la llamada "paquetería" referida tanto a personas como a diferentes productos que se transportaban, efectuándose observaciones sobre Belarmino en la Rafael de Diego de Madrid, el día 19-11-2008 sobre las 10.45 horas...etc. (Folio 131 del Tomo XX). Igualmente se han ratificado los informes contenidos a los Folios 261 y s.s. del Tomo XXI, en relación al transporte de Edurne, coordinado por Belarmino, como hemos dicho anteriormente".

En el párrafo transcrito se habla de intervenciones telefónicas y también de la ratificación de atestados policiales, pero no se precisa el contenido de las conversaciones telefónicas que incriminan al acusado Belarmino, ni tampoco cuál es la información de los atestados que lo inculpan y en qué aspectos o puntos fueron ratificados. Ni tampoco las razones probatorias específicas que acreditan que era uno de los encargados y gestores de la llamada "paquetería" y las consecuencias que ello



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

conllevaba.

Audiencia Provincial

1.SAP de Tenerife, secc. 2ª, nº 282/2018, de 26 de septiembre

Uno de los agentes manifiesta que sólo tuvo conocimiento de las actuaciones realizadas en Tenerife, pero no de las investigaciones llevadas a cabo en Barcelona. En relación con Miguel Ángel se tuvo conocimiento de que inscribía en el Registro Civil a personas extranjeras en el Registro Civil, habiendo sido empadronadas en un domicilio de su propiedad que estaba vacío en las diferentes ocasiones en que Policía inspeccionó el piso. Son sospechas sin rango de prueba de cargo.

Por consiguiente, no cabe sino reiterar los pronunciamientos de la sentencia recaída en el procedimiento principal máxime considerando la prueba practicada en el plenario de la presente pieza separada. Así, uno de los instructores del operativo, el agente de Policía Nacional 92.839, perteneciente a la UCRIF (Unidad contra redes de inmigración y falsedades documentales), manifestó en el acto del plenario que solamente tuvo participación en las actuaciones realizadas en la isla de Tenerife, teniendo por tanto mero conocimiento de referencia de las investigaciones practicadas en la provincia de Barcelona, y que en relación con el encartado Miguel Ángel, se tuvo conocimiento de que el mismo realizaba a favor de personas extranjeras la inscripción en el Registro Civil como parejas de hecho al tiempo que el empadronamiento de las mismas en una vivienda a su nombre, sita en la CALLE000 n.º NUM004 que estaría vacía en las diferentes ocasiones que acudieron para inspeccionar. En similares términos declaró en el plenario el agente de la Policía Nacional NUM005.

Por su parte, la testigo Remedios negó en el acto del juicio oralsu implicación en actividades de favorecimiento de inmigración irregular y, por consiguiente, cualquier clase de colaboración del encartado en las mismas,

Aunque las investigaciones llevadas a cabo por la fuerza policial actuante pudiera suscitar ciertas sospechas o indicios de una actividad



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

clandestina relacionada con personas extranjeras, en modo alguno por sí solas presentan la contundencia necesaria para constituirse en prueba de cargo suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia, no encontrándose respaldadas por seguimientos que determinaran la realidad de un operativo o entramado que posibilitara la entrada o permanencia irregular en territorio español de ciudadanos extranjeros concretos,

Observación: La mayor parte de los acusados fue absuelta en la SAP de Tenerife, secc.2ª, nº 265/2017, de 16 de junio.

F. ESCUCHAS TELEFONICAS

F.1.INDICIOS VALIDOS PARA AUTORIZAR O PRORROGAR ESCUCHAS. CONTENIDO DEL AUTO

Tribunal Supremo

1.STS nº655/2018, de 14 de diciembre

El Juez Instructor concedió las escuchas y sus prorrogas sobre la base de amplios y detallados oficios policiales, en los que se daba cuenta del devenir de las investigaciones, lo que le permitió concluir en una visión global de la misma que las escuchas estaban justificadas. Las mismas pudieron ser controladas al facilitar policía la transcripción policial de las conversaciones más destacadas y relevantes, con aportación del correspondiente soporte digital.

El Tribunal sentenciador responde en su sentencia_ a la denuncia de la infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en el fundamento primero de la resolución. Sin embargo, la argumentación de la Audiencia se reduce a consignar meras generalidades carentes de toda referencia al caso enjuiciado, sin aportar por tanto respuestas concretas a las objeciones formuladas.

En efecto, después de plasmar las pautas jurisprudenciales sobre la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

materia, el Tribunal de instancia refiere que los autos del Instructor aparecen precedidos de amplios y detallados oficios policiales en los que se daba cuenta del devenir de las investigaciones, lo que le "permite concluir, en una visión global de dicha investigación judicial, que las medidas adoptadas estaban justificadas en datos objetivos aportados por los investigadores y que fueron autorizadas por decisiones judiciales suficientemente motivadas y con el necesario control judicial".

También hace referencia a la "posibilidad de control existente en todo momento en nuestro caso a lo largo de las intervenciones, facilitada por la transcripción policial de las conversaciones más destacadas y relevantes, con aportación del correspondiente soporte digital".

Señala que "la Sala ha examinado con detalle tales Autos para llegar a la conclusión de que la nulidad pretendida por las defensas carece de sustento y de justificación. Las distintas intervenciones telefónicas y sus prórrogas se desarrollan a lo largo de varios meses y, en su conjunto, estamos ante medidas restrictivas de derechos fundamentales plenamente motivadas, en algunos casos, con profusión y detalle (Autos de 26 de abril de 2011, 24 de mayo, 16 de junio, 23 de junio, 29 de junio, 1 de Julio, 2 de agosto, 1 de septiembre, 20 de septiembre, 29 de septiembre, 7 de octubre o 2 de noviembre de 2011). Absolutamente todas las intervenciones que podríamos denominar iniciales relativas a la interceptación de los primeros teléfonos conocidos de los investigados no presentan tacha alguna de motivación sino todo lo contrario. Es por ello, que las alusiones de las defensas no pueden desembocar en la nulidad pretendida, pues del contenido íntegro del auto se desprende con claridad la decisión que se adopta (autorización de intervención o prórroga de intervenciones de teléfonos), expresando en la parte dispositiva el acuerdo de librar mandamiento para el cumplimiento de tal decisión y en los hechos se refieren, incluso destacados en negrita, los números de teléfono en cuestión con referencia a la compañía a la que pertenecen y al investigado vinculado con los mismos. En todos los autos cuya nulidad se pretende ocurre lo mismo".

No es exigible la misma motivación a una autorización de escucha de nuevos teléfonos que aquella que prorroga la escucha de teléfonos



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

cuya intervención se había autorizado previamente. Si subsisten las causas que motivaron la autorización inicial basta con que la autorización de prórroga se remita a la inicial. La Policía no ha ocultado al Juez de Instrucción hechos de la investigación y su resolución está motivada. Así se desprende de la declaración de los policías y del instructor del atestado.

Y añade a continuación que "estamos ante resoluciones plenamente motivadas al amparo de peticiones de la Policía Nacional dando cuenta del resultado de las investigaciones, de las intervenciones y de los seguimientos (con amplio detalle), no siendo reclamables, desde luego, las mismas exigencias de motivación a aquellas resoluciones como la cuestionada, a través de las que se autorizan intervenciones telefónicas de nuevos teléfonos utilizados por los mismos investigados, respecto de los cuales ya se ha autorizado la intervención de los teléfonos que utilizaban anteriormente, mediante resoluciones que cumplieran las exigencias procesales y materiales de este tipo de decisiones. En definitiva, es razonable y aceptable, en estos casos y persistiendo los motivos por los que se acordó la intervención "inicial", que la motivación consista en la remisión a las resoluciones que ya habían acordado la intervención de teléfonos respecto a idénticos investigados, cuando tales resoluciones están motivadas y cumplen y respetan el resto de exigencias para la adopción de una medida restrictiva de derechos fundamentales como la cuestionada".

Prosigue diciendo la Sala de instancia que "no cabe sino considerar que todas las actuaciones realizadas en orden a la intervención de los teléfonos por parte de los agentes, cuyos oficios, de manera sucesiva, han venido exponiendo los indicios racionales y fundados de una actividad delictiva por parte de un grupo de individuos dedicado a introducir ilegalmente a ciudadanos Extranjeros en España, y en la provincia de Málaga, han tenido perfecto encaje y fundamentación en todos y cada uno de los autos dictados por el Juez instructor a lo largo de la tramitación de las diligencias. No se observa vulneración o lesión sobre el derecho constitucional que asiste a todos los investigados, ante la suficiente fundamentación de las intervenciones autorizadas y practicadas, con las consiguientes prórrogas y ceses de intervención que fueron acordados de manera sucesiva en el devenir de la investigación, habida cuenta el cambio



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

constante por parte de los investigados de los números de teléfono móvil, o la reutilización o intercambio de los teléfonos tras largos períodos de inactividad, en cuanto cautelas constantes que tales individuos adoptan en sus movimientos".

Y termina arguyendo la Audiencia que "lo cierto es que no sólo la Policía Nacional no oculta los extremos de su investigación previa en su oficio de petición de restricción de derechos fundamentales, sino que, muy al contrario, los expone, refiere e indica que la investigación se inició en septiembre de 2007, habiéndose procedido a la profundización en la investigación a fin de recabar datos e indicios sobre tales hechos delictivos y las personas sospechosas de su autoría. A la vista de tales datos el Juez del *Juzgado de Instrucción N°4 de Málaga dicta Auto de fecha 2 de octubre de 2007* que inicia la cadena de intervenciones y prórrogas de teléfonos y que constituye la base de tales medidas sucesivas. Auto, por cierto, plenamente motivado y justificado de forma más que satisfactoria. Tales extremos, que se desprenden con claridad del devenir procesal inicial de la causa, son confirmados por los Agentes de la Policía Nacional que declararon en el acto del Juicio, muy especialmente el Agente instructor principal y el secretario del atestado".

La Audiencia no alude a la motivación concreta de las escuchas telefónicas. Se limita a decir que hay numerosos oficios policiales, tanto al inicio de la instrucción antes de que se autorizaran judicialmente las primeras escuchas, como posteriormente cuando se piden otros teléfonos y se decretan las prórrogas. El Tribunal Supremo no duda de la existencia de los oficios policiales y de que en los mismos consta la declaración del testigo protegido pero la Audiencia no hace el más mínimo análisis o exposición de los referidos oficios policiales, ni justifica por tanto el auto que inicia la autorización de las intervenciones telefónicas y que el mismo se adecúa al principio de proporcionalidad. Una cosa es que el Juez de Instrucción pueda autorizar escuchas mediante Auto por remisión a los oficios policiales y otra que la Audiencia no ponga en relación el Auto con los oficios policiales. Se aprecia nulidad por vulneración del art.24.2 CE.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

3. Como puede fácilmente constatarse a través de la lectura de los párrafos precedentes, la Audiencia no consigna dato alguno en su exposición del desarrollo de ese primer fundamento de derecho relativo a la motivación concreta de las autorizaciones de las intervenciones telefónicas, sino que se limita simplemente a decir que figuran en la causa numerosos oficios policiales, tanto al inicio de la instrucción, previamente al primer auto de intervención telefónica, como posteriormente cuando se procede a intervenir otros teléfonos y a decretar las prórrogas correspondientes.

Este Tribunal de casación no tiene dudas de que existen esos oficios policiales ni tampoco de que consta, aunque la Sala de instancia no la transcribe ni resume en ese fundamento primero, una declaración policial de una testigo protegida. Sin embargo, tan cierto como ello es que el Tribunal sentenciador en ningún momento hace el más mínimo análisis ni exposición de esos oficios policiales, ni justifica por tanto que el auto que inicia la autorización de las intervenciones telefónicas cumplimente los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. No responde, pues, la sentencia en ningún momento a las diferentes objeciones que se le han formulado por la parte recurrente relativas a la nulidad de las intervenciones telefónicas.

Y es que debe quedar claro que una cosa es que la jurisprudencia considere válidas, tanto legal como constitucionalmente, las motivaciones por remisión, y otra cosa muy distinta que el Tribunal de instancia no tenga la estricta obligación de poner en relación el auto que se funda en una mera remisión con los oficios policiales a que se remite. De modo que no puede obviar su obligación legal y constitucional de realizar una razonada ponderación y un específico análisis acerca de si los datos objetivos que se recogen en los oficios policiales son suficientes para considerar que concurren en el casos las " *sospechas fundadas*", "*buenas razones*" o "*fuertes presunciones*" que requiere la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TEDH para poder acordar la medida de cercenamiento del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones con el fin de investigar los hechos delictivos que se persiguen en la presente causa (SSTS 737/2010, de 19-7; 85/2011, de 7-2 ; 334/2012, de 25-4 ; y 85/2013 , de 4-2; SSTC 136/2006 ; 197/2009 ; 5/2010 y 26/2010 ; y SSTEDH los casos *Lüdi* -5 de junio de 1997 -, o *Klass* -6 de septiembre de 1998 -).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

El Tribunal de casación tiene que supervisar o revisar si el análisis y los razonamientos que la Audiencia Provincial realiza sobre la motivación de los autos dictados por el Juez de Instrucción autorizando las intervenciones telefónicas se ajustan a las garantías constitucionales y legales que requiere la norma constitucional y la jurisprudencia que la interpreta, pero lo que no puede hacer es suplir el análisis y el control que es competencia de la Audiencia realizando *ex novo* una labor que en primera instancia no le corresponde.

La patente omisión de la Sala de instancia, tal como se comprobará en su momento, no solo se refiere a la motivación del control de la constitucionalidad de las resoluciones judiciales referentes a las intervenciones telefónicas, sino también a la fundamentación de la prueba de cargo en que se basa su sentencia condenatoria.

Así las cosas, tiene razón la parte recurrente cuando alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) por parte de la Audiencia a la hora de motivar las razones por las que la limitación de los derechos fundamentales del recurrente ha respetado sus garantías constitucionales y legales.

Audiencia Provincial

1.SAP de Tenerife, secc.2ª, nº 175/2018, de 28 de mayo

El Juez autorizó las escuchas, no sobre meras sospechas, sino que tuvo en cuenta los indicios obtenidos por una investigación enumerados en el oficio policial, la gravedad del delito y la dificultad de investigar por medios alternativos. El Auto autorizante asocia al titular del teléfono con el delito cometido. Se adoptan las debidas medidas de control limitando las escuchas a un mes con obligación de remitir todas las transcripciones y un resumen de interés.

El oficio policial relata informes del Consulado británico sobre la llegada al Reino Unido desde Tenerife de ciudadanos iraníes con



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

pasaporte falso. Se localiza por la policía española iraníes que intentan volar al Reino Unido con pasadores. En seguimientos hechos a uno de los inmigrantes desde el centro de detención se aprecia que llama por teléfono y sigue indicaciones, llegando a un domicilio. Hablan con el propietario de la vivienda que se llama Zurdo y es de nacionalidad británica, lugar de destino de los iraníes. En seguimientos posteriores le ven consultar páginas de viajes en un locutorio. Sabiendo que los investigados contactan entre sí por teléfono y dado que los seguimientos no permiten aportar más datos se piden las escuchas

El examen de las actuaciones nos permite afirmar que la resolución judicial de intervención de las comunicaciones se acordó en el contexto de un procedimiento judicial, donde la autoridad judicial, única facultada para ello dictó la resolución con forma de auto motivado, obrante al tomo primero de las actuaciones, folios 11 y ss. La resolución judicial se tomó en el marco de una investigación de delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y falsedad en documento público. El Juez de Instrucción no contó con meras sospechas policiales, ni se partió de una labor de prospección general. Por el contrario, el Juez competente tuvo presente los indicios, obtenidos tras una labor de investigación policial que se relata en el oficio y se traslada a la resolución judicial.

El Juez de Instrucción, tras examinar la doctrina jurisprudencial relativa a las intervenciones telefónicas, valora los serios indicios criminales ya apuntados y que se corresponden con el oficio policial, constatando la gravedad del delito investigado y la dificultad de seguir la investigación por otros medios para impedir el hecho delictivo. En la resolución judicial se identifica a la persona titular del teléfono y se relaciona con el delito objeto de la investigación policial. Finalmente, el Juez establece los debidos controles que se concretan en limitar la medida de la intervención a un mes, indicando que se le deben remitir las copias íntegras de las grabaciones y transcripciones, con los datos que pide, solicitando la aportación de resumen de los puntos de interés, identificando a los teléfonos que interactúen y a sus titulares respectivos y lo encomienda al grupo estupefacientes actuante.

Ya hemos expuesto que el oficio policial inicial de 15 de febrero de 2012, a los folios 68 y siguientes de las actuaciones y los posteriores informes



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

de evolución, acompañando CD de la grabación y transcripciones con firma de intérprete, parte de indicios racionales, fundados y constatables, resultado de una previa investigación policial sobre personas indocumentadas y portando documentación falsa de buena calidad, entraban en España y tras alojarse, continuaban viaje hacia el Reino Unido, normalmente y Canadá. Al folio 1 de las actuaciones consta un informe policial de fecha 12 de enero de 2012 en el que se informa que con fecha de 23 de diciembre de 2011 se recibió un correo del consulado británico advirtiendo de la entrada en Reino Unido de ciudadanos extranjeros, de nacionalidad iraní, con documentación falsa, procedentes de Tenerife, aeropuerto Tenerife Sur. Con fecha de 9 de enero se recibe análogo correo, comunicando la llegada a Reino Unido de tres ciudadanos iraníes, una mujer y dos niños. Se informó por los agentes el desarrollo de las operaciones Flamenco 948/2010 y Roc 968/2011, del Juzgado de DIRECCION000 en las que se detuvo a personas que actuaban como "pasadores" y organizadores del tráfico ilegal de personas en el sur de Tenerife folio 70ss.

El día 11 de enero de 2012 fue detenido Manuel, de nacionalidad iraní, en el aeropuerto de Tenerife Sur, Reina Sofía, con destino a Londres, folios 2 ss., al que se le abre expediente de expulsión. Posteriormente la principal persona investigada fue Octavio, de nacionalidad iraní, detenido previamente el día 11 de febrero de 2012, en el aeropuerto de Tenerife Sur, Reina Sofía, con destino a Londres, portando un pasaporte francés falso, folios 40 ss.

(...)

Ante dichas evidencias y la desorientación de Octavio, el que no sabía hablar español y desconocía Tenerife, se decidió su seguimiento a la salida del centro de detención. Se pudo comprobar por los agentes que controlaron sus movimientos, con carné nº NUM014 y el instructor NUM012 que desconocía a donde dirigirse y actuaba siguiendo instrucciones que iba recibiendo por un teléfono móvil. Su seguimiento, cogiendo un autobús, llevó a los agentes a los APARTAMENTO000, sitos en DIRECCION003, pero sin que pudieran determinar el apartamento en el que se introdujo. Por medio de las cámaras de video vigilancia del complejo pudieron observar al seguido en unión de otros ciudadanos. Eso llevó a los agentes a idear la estratagema de preguntar por un robo que imaginariamente se había



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

cometido, hasta que dieron con la vivienda de quien se identificó como Zurdo. Dicha persona les informó que era el arrendatario de la vivienda y que vivía en la misma con ciudadanos que fueron identificados como iraníes y uno de nacionalidad griega; tal hecho y su nacionalidad británica, lo que le dotaba de estabilidad y conocimiento del destino de los iraníes. Un posterior seguimiento de Zurdo les llevó a un locutorio donde accedió a un ordenador y desde el cristal de la puerta pudieron observar que consultaba páginas de viajes. Accediendo a la base de datos policiales comprobaron que Zurdo había viajado a Santa Cruz de Tenerife el 2 de febrero de 2012, donde se había alojado con un súbdito de nacionalidad rumana, por el que estaba interesado INTERPOL.

Después de dicha actividad y teniendo sospechas fundadas de que Zurdo era la persona que estaba organizando el tráfico de emigrantes extranjeros por la península con destino principalmente al Reino Unido y sabiendo que los ciudadanos venían organizados ya desde el extranjero y que sus comunicaciones se realizaban por medios telefónicos se consideró, ante la gravedad y persistencia de los delitos que se estaban cometiendo, delitos contra los ciudadanos extranjeros, falsedad de documentos públicos y asociación ilícita, con penas de hasta ocho años de prisión, sin que los seguimientos pudieran aportar más información relevante, solicitar la intervención del teléfono que les facilitó el propio Zurdo cuando le identificaron, Terminal NUM015, folio 70 ss. El Tribunal considera que dicha ponderación de los derechos e intereses en conflicto era correcta.

F.2.EFICACIA PROBATORIA

Tribunal Supremo

1.STS nº 400/2018, de 12 de septiembre

El resultado de las escuchas telefónicas integra a la recurrente en el grupo de personas que desde Nigeria facilitan el traslado de súbditas nigerianas a España. La acusada era el punto de contacto una vez que las víctimas llegaban a España, exigiéndoles importantes cantidades de



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

dinero como precio del traslado que luego enviaba a Nigeria.

La sentencia escruta el resultado las escuchas telefónicas a partir del que deduce la integración de la recurrente en el grupo las personas que desde Nigeria facilitan el traslado a España de súbditas nigerianas, entre ellas a Miriam. Correspondía a Inés ser punto de contacto una vez llegaban aquí y exigirles el pago de elevadas cantidades de dinero como precio de ese traslado, que posteriormente remitía a Nigeria. Se detallan las conversaciones que revelan frecuentes contactos con su hermano y también con un tal Lucas, del que considera que es el máximo responsable de la organización en aquel país.

Se acepta el criterio de las sentencias de instancia de que las conversaciones telefónicas mantenidas en diversos dialectos nigerianos fueron directamente traducidas a la policía por los intérpretes y se produjo la transcripción en castellano sólo de aquellos pasajes que se consideraron relevantes para la causa que en papel se incorporaron al procedimiento judicial. También se entregaron los soportes con la integridad de las grabaciones. El Juzgado de Instrucción acordó la ratificación de los diversos intérpretes que intervinieron en la traducción en directo de las escuchas y en la transcripción en castellano. Ninguna de las partes que compareció cuestionó la traducción o solicitó la traducción de un pasaje omitido. Tampoco en el acto del juicio ningún letrado cuestionó las grabaciones. A petición del Fiscal se procedió a la lectura de las transcripciones en castellano sin que ningún letrado cuestionara alguna de las traducciones, propusiera la lectura de algún otro pasaje o planteara la audición de alguna otra grabación y su traducción. Los letrados pudieron detectar cualquier deficiencia en la traducción ya que están incorporadas al procedimiento desde el primer momento y sus clientes conocen los dialectos empleados y son los interlocutores por lo que pudieron proceder a la audición de cualquier parte de las grabaciones y formular la correspondiente queja. Es plenamente lícita la introducción de las grabaciones mediante la lectura de sus transcripciones.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

La cuestión que ahora plantea el recurso enlaza, no con la legalidad constitucional de las escuchas que no se discute, sino con el valor probatorio de las grabaciones obtenidas en atención a la forma en que fueron introducidas en el plenario, y resulta ampliamente analizada por la sentencia recurrida. Solo se tradujeron al castellano algunas concretas conversaciones o pasajes de éstas y no la totalidad, lo que, a juicio de las defensas, dejaba abierta la posibilidad de que pudieran haberse omitido algunos pasajes relevantes.

Explica la sentencia: «Así centrada la cuestión, bueno será también sentar desde el principio las particularidades del caso que hoy abordamos, que a la postre van a condicionar la decisión que adoptaremos. Así, los acusados son todos ellos de origen nigeriano y las conversaciones telefónicas mantenidas entre ellos e incluso con terceros se produjeron en idiomas distintos del castellano, concretamente en Broken (una suerte de inglés básico con diversos giros y poco respetuoso con la gramática clásica), Urobo y Edo; dichas conversaciones telefónicas fueron directamente traducidas ante la Policía por diversos intérpretes de tales idiomas y dialectos, procediéndose a la transcripción en castellano tan sólo de las conversaciones y pasajes que se estimaron relevantes para la causa, así incorporadas en papel desde los albores del procedimiento judicial, por más que fueron también entregados en el Juzgado de Instrucción los correspondientes soportes en que constaban grabadas todas las comunicaciones interceptadas; el Juzgado de Instrucción acordó en su día la ratificación de los no pocos intérpretes que habían intervenido en la traducción en directo de aquellas escuchas y en la ulterior transcripción en castellano de la mentada selección, diligencia que, con no pocas dificultades, fue llevada a cabo con citación de todas las partes personadas -estándolo ya las defensas de los finalmente acusados-, sin que ninguna de ellas hiciera observación alguna, cuestionara alguna de las traducciones o solicitara la transcripción de alguno de los pasajes omitidos por irrelevantes. En el acto del juicio y a instancias del Ministerio Fiscal, se procedió a la lectura de las transcripciones en castellano que consideró relevantes, sin que las defensas se opusieran a ello y, lo que es más importante, sin que ninguno de los Letrados que ejercían tal defensa cuestionara alguna de las traducciones, propusiera la lectura de algún otro



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

pasaje o planteara la audición de alguna otra grabación y su traducción (contándose, como se contaba, con intérprete en la Sala de tales idiomas y dialectos).

.....Y precisamente las defensas sí que contaban en todo momento con medios a su alcance para poder haber detectado cualquier posible deficiencia en la traducción o cualquier omisión relevante en la selección de pasajes a transcribir realizada en su día, pues las grabaciones fueron incorporadas a la causa desde los momentos iniciales y sus defendidos no sólo hablan las lenguas en cuestión sino que son, además, los interlocutores que mantienen las conversaciones interceptadas (extremo que tampoco han cuestionado en ningún momento), por lo que bien podían haber solicitado copia o el acceso a los originales de las grabaciones (nunca lo han hecho) y, tras su audición, formular concretas quejas o impugnaciones...

... entendemos que el modo de introducir la acusación pública las grabaciones de las conversaciones interceptadas a medio de la lectura de sus transcripciones traducidas al castellano, es plenamente lícita, garantiza la contradicción, no genera indefensión alguna a quien tuvo a su disposición la totalidad de las grabaciones y no ha concretado la más mínima omisión o error de traducción y, en definitiva, las convierte en prueba hábil que puede ser valorada por este Tribunal».

Tal argumentación, que la Sala sentenciadora apoyó en abundante cita jurisprudencial tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional, arrastra al fracaso el motivo planteado. Ninguna indefensión puede deducirse cuando las partes tuvieron a su alcance, tanto durante la instrucción como en el plenario, la posibilidad de contradecir, aclarar o matizar las transcripciones realizadas, solicitar su ampliación o poner de relieve cualquier irregularidad o inexactitud en relación a las mismas, y no lo hicieron. Su pasividad solo puede redundar en apoyo de un elemento de prueba que ha sido legalmente obtenido e introducido en el proceso, y razonablemente valorado, tal y como expusimos al resolver el motivo anterior, sin que en el que ahora nos ocupa se hayan aportado elementos que apunten en otra dirección.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Audiencia Provincial

1.SAP de Tenerife, secc.2ª, nº 175/2018, de 28 de mayo

Para probar la organización, la investigación policial debió tratar de acreditar las relaciones existentes entre las distintas personas que se conectaban con el principal investigado en rebeldía. Se descuidó la prueba de la relación de los acusados entre sí y los hechos delictivos cometidos por cada uno de los miembros de la trama. Se buscó fijar la existencia de una organización y hacer responder a cada investigado de los actos de la organización por dominio funcional. La investigación policial debió ser a la inversa, fijar los actos delictivos individuales cometidos por cada partícipe, su prueba y determinar si la ilación de todos los actos acreditados y sus partícipes permiten sostener la presencia de crimen organizado.

Del examen de la prueba practicada, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que el presupuesto de partida de la investigación criminal, sostenido por la ulterior acusación del Ministerio Fiscal, era precisamente que estábamos ante una organización jerarquizada que operaba en Tenerife y Madrid, con contactos en el extranjero, especialmente Grecia e Irán y destinada a la inmigración ilegal. Dicha premisa debió llevar a los investigadores policiales a tratar de probar las relaciones existentes entre distintas personas que se conectaban con el principal investigado, descuidando con ello la prueba de la relación entre sí y de los hechos delictivos que cada uno habría cometido, en su participación en la trama organizada. Se trataba de demostrar que existía una organización, para imputar su participación en la misma como autores por dominio funcional de todas y cada una de las actuaciones que se habrían llevado a cabo a cada uno de sus componentes, de modo que cada investigado respondería de los actos de la organización, aunque no se probase su participación en los mismos. A criterio del Tribunal, hubiere sido más razonable realizar una investigación inversa, partiendo de la acción individual, identificando cada acto, los partícipes y su prueba, para determinar después si la ilación entre todos los actos acreditados y sus partícipes permitían sostener la mayor imputación de crimen organizado, pues de lo contrario, si fallaba la premisa de organización, pudiera ser que los actos aislados carecieran de autoría



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

probada o los imputables a cada uno de los encausados carecieran de relevancia penal o insuficiencia probatoria o no pudieran subsumirse en el tipo pretendido.

El reparto de los papeles fijado por los agentes policiales ha tenido nulo soporte probatorio. Ello se ha debido a la imposibilidad de enjuiciar a quien se dice el jefe de la organización por estar rebelde y los inmigrantes ilegales que podían haber declarado sobre los hechos. Todos ellos están en paradero desconocido y han declarado en rebeldía. No se ha podido establecer la relación entre los investigados y el principal responsable y los inmigrantes.

La declaración de los agentes policiales intervinientes se ha sostenido sobre un reparto de papeles en esa supuesta trama, con poco o nulo soporte probatorio, más allá de las fundadas sospechas policiales que sirven para la investigación criminal, pero no para constituir una prueba suficiente capaz de enervar la presunción de inocencia. Se ha centrado la actuación policial en el seguimiento e intervención de las conversaciones exclusivamente de la persona a la que se atribuye el papel de jefe, descuidando el seguimiento e inteligencia sobre los que serían miembros de la organización, hasta el punto que como veremos, ni se ha podido demostrar que existiera organización, ni siquiera grupo criminal.

La prueba de los hechos denunciados ha quedado seriamente mermada ante la imposibilidad de enjuiciar a quien se dice jefe de la organización, persona hacia la que estaba dirigida la investigación policial, y a las distintas personas que habrían sido objeto de la inmigración ilegal, los que podrían haber declarado sobre los hechos y sus partícipes. Todos ellos están en paradero desconocido, declarados en rebeldía ya por el Juzgado de Instrucción competente y a ninguno se tuvo la preocupación de recibirle declaración como prueba anticipada. No se escapa pues la dificultad de poder probar la existencia de una organización cuando no podemos enjuiciar los actos realizados por quien se dice jefe de la misma, ni la relación de cada uno de los encausados con cada persona objeto del tráfico ilícito, los inmigrantes ilegales.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

La prueba de la Fiscalía se basa en escuchas telefónicas centradas en el que se señala es el principal responsable de la organización que está rebelde y que habrían podido determinar su responsabilidad, pero no la de los demás investigados.

La investigación criminal y la acusación del Ministerio Fiscal ha estado fundada especialmente en las intervenciones telefónicas, centradas exclusivamente en el presunto jefe o líder de lo que se dice organización criminal, lo que habría permitido demostrar la responsabilidad de éste, pero no necesariamente de los demás encausados si no se les vincula por medio de la prueba vertida en juicio con los extranjeros ilegales identificados y que constan en el escrito de acusación definitivo y no a partir de meras sospechas o conjeturas. La investigación criminal ha girado en torno a las escuchas en las comunicaciones del teléfono móvil NUM015, del identificado como Pascual, apodado Millonario, y al que se atribuye la jefatura de la pretendida organización.

Se parte por la acusación de que los inmigrantes llegan a Madrid, se les da un nuevo pasaporte y billete de avión y de allí van a Tenerife donde el acceso al Reino Unido está más relajado por razones turísticas. Los investigados en Madrid y Tenerife no tenían contacto con la verdadera organización afincada en Irán, con conexión en Grecia, donde se falsificarían los documentos y que instrumentalizaban su actividad a través del Jefe local en España, que no ha sido objeto de enjuiciamiento al estar rebelde y sin que se haya investigado la red en estos países. Tampoco ninguno de los investigados tenía relación con los inmigrantes que el jefe local quería trasladar.

De la prueba practicada el Tribunal ha podido determinar, partiendo del escrito de acusación, la existencia de personas de origen extranjero, de diversa nacionalidad; unos con domicilio en Madrid y otros en Tenerife, los que siguiendo lo declarado por los agentes actuantes, los de Tenerife no conocían la existencia de los de Madrid y a la inversa, tal y como declaró el inspector instructor, con carné profesional NUM012. Tampoco la prueba practicada ha permitido demostrar que todos los residentes en una provincia se conocían entre sí. Se dijo por los investigadores policiales que la red y siguiendo órdenes de su jefe traía a ciudadanos extranjeros a España,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

normalmente con llegada a Madrid, portando un pasaporte falso. Allí se les alojaba, se les facilitaba un nuevo pasaporte y billetes de avión y se les trasladaba a Tenerife, donde igualmente se les alojaba y les conducía al aeropuerto Tenerife Sur, Reina Sofía con destino preferente al Reino Unido, por estar menos controlada dicha vía de acceso por motivos turísticos. Se alegó por la acusación que el jefe de la organización era el que mantenía el control o contacto sobre la persona que pretendía emigrar y desde su país de origen, normalmente Irán y era la persona que estaba en contacto con la parte de la organización que se dedicaba a la falsificación de pasaportes, los que estarían ubicados en Grecia y sin que en juicio se haya propuesto prueba en distinto sentido. Así pues, partimos del punto de que ninguno de los encausados tuvo relación alguna con la auténtica organización que se movía desde Irán, con conexión en Grecia, donde se falsificarían los documentos, y que instrumentalizaba su operación a través del jefe local en España, el que no ha sido objeto de enjuiciamiento al estar rebelde y sin que se hubiera podido investigar la red en aquellos países. Tampoco ninguno de los encausados enjuiciados tenía relación previa alguna con las personas que el jefe pretendía transportar, no siendo ello objeto de la acusación, ni practicarse prueba al efecto.

Escuchas entre el Jefe Local rebelde y el investigado Samuel. Se afirma una relación continua en la que Samuel se quejaría de los gastos sufridos por cuenta del jefe, sin haber recibido gratificación y hablan como tres de los inmigrantes están en el CIE.

Al folio 262, 263, 264 y 315 de las actuaciones están transcritas conversaciones intervenidas en el teléfono móvil NUM015 cuyo titular es Pascual, alias Millonario y cuyo interlocutor en el teléfono NUM025 es Samuel. En ellas de forma incuestionable se afirma la relación continua existente entre ambos interlocutores, con referencias a hechos anteriores y en las que Samuel se quejaría de los gastos sufridos por cuenta y cargo del anterior, sin haber recibido la gratificación esperada. Pascual le cuenta a Samuel que él también pierde dinero por los billetes que éste le compra y que está a la espera de que la gente llegue a Inglaterra; le dice que los tres que se fueron el último domingo están en la cárcel y que ese mes ha pagado 1200 euros por abogado. Esta conversación es del día 1 de marzo de 2012, a las 16:50:30. En dicha fecha Octavio, Manuel Y Narciso estaban internados



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

en el Centro de Internamiento de Extranjeros de DIRECCION004, tras ser detenidos al intentar salir en un vuelo procedente de Fuerteventura.

No se ha realizado un seguimiento de la tarjeta de crédito de Samuel. De las conversaciones se desprende tal adquisición y la falta de seriedad de la supuesta organización en que el jefe reprocha haber sacado los billetes a la mañana y ser para la tarde y poner Santander como destino en lugar de Londres

Sin embargo y como ya hemos dicho y pese a las sospechas policiales, tal y como el policía instructor declaró en juicio, no se hizo un seguimiento de los movimientos de dicha tarjeta. No obstante, si obra la conversación de fecha 17 de marzo de 2012, a 01:16:13, folio 1035, entre ambos interlocutores, cuyo contenido no ha sido impugnado y fue aportada al juicio por el agente que la escuchó, con carné profesional NUM013. En dicha conversación Samuel llama a Pascual y éste le dice que si lo ha visto y aquel responde que le diga el nombre y éste le dice que el chico es por la tarde y la chica por la mañana a las 13,30. Samuel le dice que, si a Carlos Jesús y Pascual responde que no, a Londres Stansted, el nombre es Mónica. Pascual le dice que si no sale por la mañana que compre los dos por la tarde. A las 01:28:44 una nueva comunicación confirma los datos: apell: Mónica nom: Mónica 11. May.1974. Al folio 1458 y 1459 se transcriben las conversaciones entre los mismos interlocutores de fecha 14 de de marzo de 2012 en el que vuelven a hablar de los billetes y Pascual le reprocha el haber sacado los billetes por la mañana, cuando era para la tarde a las 22 horas del día 16 de marzo, de Madrid a Tenerife y que solo el primero era para la mañana y finalmente le pregunta por el de Holanda. A las 21:39:46 Pascual le reprocha que había puesto Santander en lugar de Stansted, Londres Stansted. Esta circunstancia cuestiona la seriedad de la pretendida organización afirmada por la acusación. Cuando se detuvo a un extranjero documentado identificado como Vidal, al que posteriormente nos referiremos, se le intervino un pasaporte a nombre de Mónica en su maleta de mano. Así lo declararon los agentes con carné NUM023 y NUM020. De esta manera hemos podido comprobar que aquello que se conoció por las escuchas telefónicas ha tenido su plasmación en la detención de un iraní, Vidal, inmigrante irregular al que se le facilitó un billete de avión y documentación personal falsa y otra a nombre de una mujer que debía entregar en Tenerife



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

para ser allí utilizada con el mismo fin.

Reprocha no haber rastreado la tarjeta.

Policía pide información de las transferencias bancarias. Samuel recibió 800 euros procedentes de una persona de Dubai. El acusado señala que eran envíos de su cuñado para ayudarle. De las escuchas se acredita que recibió el dinero por los servicios prestados al acusado. La recepción dineraria, concordante con el sentido de la conversación trascrita, constituye un nuevo indicio incriminatorio.

Ya hemos afirmado que en la conversación del día 1 de marzo, a las 16:58:10, folio 264, Pascual le dice a Samuel que vaya a recibir esto y ya hablamos y éste responde que, si era de Wester Unión o de Money Gram, confirmando aquel que de Wester Unión, de Grecia. La policía solicitó información sobre trasferencias realizadas en las fechas de la investigación y correspondientes al encausado, certificándose por las mismas a los folios 1838 y siguientes que Samuel percibió la cantidad total de 850 Euros de una persona de nombre Sebastián, procedentes de Dubai. El día 27 de diciembre de 2011, la cantidad de 200 Euros, el día 9 de enero de 2012, 400 Euros y el día 23 de febrero, 250 Euros. Samuel reconoció en juicio dichas operaciones, si bien negó su relación con Pascual y el tráfico de inmigrantes y manifestó que eran envíos de su cuñado para ayudarle económicamente. Existen indicios, en el contexto de los hechos probados, que permiten afirmar que dicha cantidad dineraria se recibía en pago de sus servicios o recibió por cuenta y encargo de Pascual. En una conversación de fecha 21 de febrero a 11:33:35, Pascual le pide a una persona identificada como Jose Daniel, con el que éste está relacionado en el tráfico de inmigrantes por múltiples conversaciones trascritas en la causa, que le ingrese dinero para el pago a un colaborador que le compra los billetes y luego le remite un mensaje con el nombre Samuel y vuelve a llamar al anterior para repetirle el nombre y la actividad del destinatario. A continuación, Jose Daniel le remite un código de envío de dinero a través de Wester Unión, con el nombre de Ángel Daniel.

Obviamente no recae sobre el encausado la prueba contra los hechos



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

presuntamente inculpativos, pero no es menos cierto que tuvo a su alcance la posibilidad de acreditar su afirmación exculpativa, acreditando simplemente la relación familiar alegada, lo que no hizo. La recepción dineraria, concordante con el sentido de la conversación transcrita, constituye un nuevo indicio inculpativo. El *Tribunal Supremo en su sentencia 345/2014, de 24 de abril*, fundamenta que como ha subrayado la *sentencia de esa Sala 1755/2000, de 17 de noviembre*, " cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación reclamada por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna". No es que se rechace el derecho del acusado a no decir la verdad o a mantener silencio, ni que se le sancione por ello (STS 918/1999, de 8 de febrero). También en el mismo sentido, las *sentencias del Tribunal Supremo 711/2014, de 15 de octubre, 849/2014, de 2 de diciembre y 874/2013, de 21 de noviembre*.

En relación con las escuchas aportadas al juicio oral y derivadas de las intervenciones del teléfono de Pascual resultan indicios del tráfico las llamadas de contenido críptico, que solo se podrían entender como relativas a actividades ilícitas, correspondientes a la inmigración ilegal, actividad plenamente documentada en las escuchas contenidas en la prueba propuesta y practicada por el Ministerio Fiscal, respecto al que se dice jefe de la organización, el que en la conversación del día 28 de febrero de 2012, a 10:27:27, transcrita a los folios 2229 y 230, llegó a reconocer que llevaba once años traficando con personas de forma ilegal, facilitando documentación y billetes y alojándolos y es su única actividad conocida; en la del día 22 de febrero de 2012 a 20:48:55, folios 185 y ss y en la del 27 de febrero a 16:02:57, folios 225 y 226, describe la ruta, proceso, pasaportes falsos y precios, al igual que la de 27 de febrero de 2012, a 16:02:57, transcrita a los folios 225 y 226 y en la del 6 de marzo del 2012 a 21:14:48, así como en el conjunto de las conversaciones a las que nos referimos en la presente resolución.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

El encausado señala que nunca habló con el jefe local, algo desmentido en las escuchas.

Al encausado Samuel no le consta una actividad ligada a los términos crípticos utilizados y reseñados que permitiera una interpretación alternativa, toda vez que declaró que pese a conocer de vista a aquel, no había hablado nunca con él, ni le había enviado mensaje, manifestaciones que han quedado desmentidas por las escuchas intervenidas entre ambos. Los agentes que declararon en juicio hicieron referencia a múltiples llamadas entre ambos y además de las reseñadas, a los folios 1178 y siguientes del Tomo III transcriben muchas más cuyo contenido acreditaría la actividad ilegal sostenida entre ambos.

Ninguna prueba se ha practicado que relacione al encausado Samuel con la familia compuesta por Rafael Y Romulo y su hija menor de edad Violeta, ni por escuchas, ni por la declaración de los agentes a los que posteriormente nos referiremos cuando analicemos este hecho de la acusación.

Queda acreditada la prueba de participación en un delito del art.318 bis pero no en un contexto de crimen organizado sobre la base de la estabilidad o tiempo indefinido y reparto de tareas. Puede obedecer a una labor autónoma sin relación con los demás encausados.

De las pruebas practicada se deduce sin duda alguna la participación directa del encausado en el tráfico ilegal de inmigrantes, tipificado en el artículo 318 bis, con ánimo de lucro, conforme se fundamentó en la *sentencia del Tribunal Supremo 297/2009*, si bien no se podido acreditar que su actuación lo fuera en un concierto organizado sobre la base de la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y el reparto de las tareas o funciones de manera concertada y coordinada. Por el contrario, se ha podido determinar una actividad autónoma, sin relación en la misma con los demás encausados, a los que no se ha acreditado que conocía y actuando sin dependencia según instrucciones de Pascual, al que llega a reprochar su manera de trabajar, tal y como se puede escuchar en la conversación de la fecha 1 de marzo de 2012 a 16:50:30 horas, transcrita a los folios 262 y 263.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

Comentario: Básicamente se recoge que las escuchas reflejan contactos aislados de tráfico de personas concertados entre el jefe de la organización rebelde y los que la Fiscalía acusa como pasadores. De ahí concluye el Tribunal sólo puede derivarse una responsabilidad simple de los pasadores del art.318 bis CP, pero no por organización. No hay otros datos como contactos de los pasadores entre sí o con otros miembros de la organización. No obstante, el carácter aislado de la acción de tráfico que se invoca, en párrafos de la Sentencia se habla de una relación continua.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

III. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES

A. CONDICIÓN DE EMPRESARIO O ADMINISTRADOR

Audiencia Provincial

1. SAP de Castellón, secc.1ª, nº 266/2018, de 2 de septiembre

Se deduce que el acusado es el empresario de la propia declaración del acusado, del informe de la Seguridad Social de Castellón y de la escritura pública de compraventa de participaciones sociales.

a) El acusado Anton era el gerente y administrador único de la entidad Bar Mipar S.L. desde el 1.08.2015, sociedad que giraba bajo el nombre comercial "Club Sabor" ubicada en la calle Milán nº 18 de Villarreal, extremo que se desprende de la propia declaración del acusado, del informe de la Subdirección Provincial de Gestión Recaudatoria de la Seguridad Social de Castellón (F. 54 y 68) y de la escritura pública de compraventa de participaciones sociales de la mercantil Bar Mipar S.L.U. de 10.07.2015 (F. 55-67) donde el acusado Anton figura como comprador y Raimundo como vendedor.

b) Al tiempo de realizarse la inspección por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social conjuntamente con la Unidad contra Redes de Inmigración Ilegal y Falsedades (UCRIF) y la Brigada de Extranjería de la Policía Nacional, en el Club Sabor de la mercantil Bar Mipar S.L.U. se encontraban, además del administrador anteriormente citado, seis mujeres extranjeras de nacionalidad rumana (Julia, Lourdes, Marisol, Micaela y Ofelia) que fueron debidamente identificadas, no estando ninguna de ellas dada de alta en el régimen de la Seguridad Social como trabajadoras del local, según se desprende del informe de la Gestión de Recaudación de la Seguridad Social de Castellón (F. 68) y del Acta de infracción de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad (F. 167 y siguientes).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

(...)

Aunque el acusado desempeñara también funciones de camarero tenía el dominio funcional como propietario.

Por otro lado, tampoco ofrece dudas al Tribunal la actuación consciente y voluntaria del acusado Anton y, por ende, dolosa, primero, porque era el administrador de derecho y de hecho de la mercantil Bar Mípar S.L. que giraba con el nombre comercial de "Club Sabor" en donde las trabajadoras realizaban la actividad de alterne y prostitución, y segundo, porque aun cuando el acusado realizase funciones de encargado del club y de camarero lo cierto es que quien tenía el dominio funcional era el encausado por ser el propietario y administrador único de la empresa y quien impartía las instrucciones a las trabajadoras.

B. CONDICIÓN DE TRABAJADORES

Audiencia Provincial

1.SAP de Castellón, secc.1ª, nº 266/2018, de 2 de septiembre

De las testificales de los agentes de Policía Nacional se desprende que las seis mujeres identificadas en el club ejercen el alterne y la prostitución. También se llega a dicha conclusión por la testifical de la Subinspectora de Trabajo que acompaña a los policías y se entrevistó con las mujeres y por la documental de informes de Policía Nacional y del acta de la Inspección. Las mujeres vestían ropa sugerente para el ejercicio de la prostitución y dos de ellas estaban acompañadas de clientes. Desempeñaban una actividad de alterne, procurando que los clientes consumieran copas a cambio de una parte del precio y una de prostitución manteniendo relaciones sexuales por precio, entregando parte del beneficio a la empresa. Había una actividad laboral ya que hay horario y un deber de avisar cuando no se puede ir a trabajar.

c) Las seis mujeres extranjeras que fueron identificadas en la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

inspección realizada al Club Sabor el día 27 de noviembre de 2015 se hallaban trabajando en el mismo en la actividad de alterne y ejercicio de la prostitución, lo que colige sin duda alguna de las declaraciones testificales practicadas en el plenario de los agentes de la Policía Nacional (UCRIF y Brigada de Extranjería) que acudieron al local, funcionarios nº NUM010, NUM011 y NUM012, y de la Subinspectora de Trabajo, Aurelia, que acompañó a los anteriores y se entrevistaron con cada una de las mujeres que se hallaban en el local, así como de la prueba documental, (informes de la Policía Nacional y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y actas de infracción, debidamente ratificados), en cuanto que de las mismas se deriva (1) que los agentes relacionaron e identificaron a las seis mujeres que había en el Club Sabor observando que se encontraban todas ellas con ropa poco sugerente vestidas con indumentarias propias del ejercicio de la prostitución y dos de ellas acompañadas con dos clientes, (2) todas las mujeres identificadas realizaban voluntariamente la actividad de alterne y ejercicio de la prostitución, consistiendo su trabajo en procurar que los clientes consumiesen copas llevándose una parte del precio de la consumación quedando otra parte para la empresa, y prestar servicios sexuales remunerados quedándose igualmente la empresa una cantidad por cada servicio; (3) también afirmaron aquellas mujeres que tenían un horario de trabajo determinado que coincidía con el de apertura y cierre del local y que el acusado Anton les controlaba el horario y si no podían acudir (p.e. por tener "la regla") debían avisarle; y (4) en el local, además de la barra, había taquillas para que se cambiaran las mujeres extranjeras y dependencias anexas con seis habitaciones con camas.

El investigado niega los hechos, pero no hay ninguna razón para que Policía Nacional e Inspección de Trabajo hagan constar en sus informes cosas distintas a las referidas por el acusado.

Y d) Frente a ello, el acusado negó tener trabajadores a su servicio, suponiendo que las mujeres extranjeras serían clientes y que la actividad del club era la de servir copas, esto es, la propia de pub, pero que no tenía constancia de que se llevase a cabo ninguna actividad de alterne ni prostitución, alegaciones exculpatorias que quedaron desvanecidas con los testimonios de los agentes y de la Subinspectora de trabajo refiriendo lo que les contaron las mujeres extranjeras identificadas en el interior del local



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

afirmando llevar a cabo la actividad de alterne en las condiciones que se describen en el epígrafe anterior. Declaración del acusado de descargo que no es suficiente para destruir la objetiva prueba de cargo, ni siquiera para hacer surgir dudas en el Tribunal, habida cuenta de su propia inconsistencia, sobre todo, si tenemos en cuenta que ninguna razón objetiva existe para que los agentes de la Brigada de Extranjería y la Subinspectoras de Trabajo relatara e hicieran constar en sus informes y actas, datos y circunstancias distintas a las efectivamente referidas por el acusado, máxime cuando constan la declaraciones en sede policial de aquellas mujeres extranjeras que se hallaban en el Club Sabor al tiempo de la inspección (F. 25-48) y que por no haber sido localizadas no han podido reiterar sus testimonios en fase sumarial ni en el plenario.

En definitiva, ninguna duda existe, tras la prueba practicada, que las seis mujeres rumanas identificadas a las que se ha hecho referencia en el apartado b) venían desempeñando, con habitualidad y voluntariamente, la actividad de alterne y ejercicio de la prostitución en el Club Sabor titularidad de la mercantil Bar Midar S.L. administrada por el acusado Anton, y ello a cambio de una retribución y durante el tiempo que el local permanecía abierto al público, tratándose de una actividad que reúne las notas tipificadoras de toda relación laboral, cuales son la prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada. Y, en consecuencia, es obligación del empleador dar de alta en la Seguridad Social, con carácter Previo a su inicio, a todas las personas que la desempeñan, que en el presente caso no se llevó a cabo pues ninguna de las seis mujeres que tenía trabajando en el Club Sabor estaban dadas de alta en el régimen de la Seguridad Social.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

VI. PENA APLICABLE

A. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES

Audiencia Provincial

1. SAP de Castellón, secc.1ª, nº 266/2018, de 2 de septiembre

Para imponer la pena se valora que el penado carece de antecedentes penales, sanciones administrativas y la menor gravedad de la conducta por coincidir el número de trabajadoras no dadas de alta con la totalidad de la plantilla.

En orden a la determinación de la pena prevista en el *artículo 311.2º.c) CP* (prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses), teniendo en consideración que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (*art. 66.1.6ª CP*), que el acusado carece de antecedentes penales ni de sanciones administrativas por hechos de la misma naturaleza y la menor gravedad de la conducta delictiva por ser el mismo número de trabajadoras sin alta en la Seguridad Social que el total de trabajadoras en la empresa, estimamos adecuado y proporcionado imponer el acusado Anton la pena de nueve meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena (*artículo 56 CP*) y multa de siete meses con una cuota diaria de "Seis euros y con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el *art. 53 del Código Penal* para caso de impago de la multa impuesta, esto es, un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa insatisfechas.

A la empresa se le impone la clausura del local durante tiempo de dos años

Asimismo, imponemos a la entidad Bar Mipar S.L., como persona jurídica a la que se le atribuyen los hechos delictivos castigados en este procedimiento por ser la empresa a cuyo servicio trabajaban las trabajadoras sin alta en la Seguridad Social, las medidas de suspensión de sus actividades



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

y clausura del local (Club Sabor) durante el período de dos años, conforme a lo establecido en los *artículos 318, 129 y 33.7.c) y d) del Código Penal*.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

VII. RESPONSABILIDAD CIVIL

B. OCUPACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

1.SAP de Castellón, secc.1ª, nº 266/2018, de 2 de septiembre

La cuantía de la responsabilidad civil no viene determinada por el importe de la infracción administrativa sino por el de las cuotas dejadas de abonar a la Seguridad Social el día de la inspección ya que no consta que trabajaran en periodos anteriores.

En orden a la responsabilidad civil, el *artículo 116 del Código Penal* determina que toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios, y, por su parte, el *artículo 109 del mismo Texto Legal* preceptúa que la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito, obliga a reparar en los términos previstos por las leyes los daños y perjuicios causados.

En el caso concreto, resulta palmario que el acusado Anton, con su proceder y a través de la mercantil Bar Mipar S.L., que deberá responder subsidiariamente, ha ocasionado un perjuicio a la Tesorería General de la Seguridad Social por las cuotas que debería haber abonado, por cada una de sus trabajadoras en situación irregular (sin estar dadas de alta en el régimen general de la Seguridad Social), durante todo el periodo de tiempo que permanecieron en esa situación, que en este caso queda circunscrito al mismo día en que se llevó a cabo la inspección el Club Sabor (día 27.11.2015) por no constar períodos anteriores en que las trabajadoras estuvieran en dicha situación.

Ahora bien, a diferencia de lo solicitado por el Ministerio Fiscal que incluye en su reclamación el importe de la sanción por la infracción administrativa cometida, la cuantía indemnizatoria deberá contraerse al abono del importe de las cuotas dejadas de ingresar por el acusado en la Seguridad Social por las seis trabajadoras a su servicio en el período de descubierto que es el de la fecha de inspección, que viene determinada en el Acta de liquidación expedida por la TGSS ·Gestión de Recaudación de Castellón (F. 162-166) con inclusión de las cuotas dejadas de satisfacer,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

intereses, costas y recargo que ascienden a la cantidad de 238'93 euros.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

IX. OTROS DELITOS RELACIONADOS

C. FALSEDAD

Tribunal Supremo

1. STS nº 400/2018, de 12 de septiembre

Por tráfico de documentos falsos del art.392.2 CP debe entenderse su comercialización en el mercado clandestino. La recurrente ha intervenido en dicha comercialización

El párrafo 2 del artículo 392 CP fue introducido por la LO 5/2010, en el que se tipifica el tráfico y uso de documentos de identidad falso, sin haber intervenido en su falsificación, con independencia del país al que perteneciera el documento o el lugar donde se hubiera realizado la misma.

Este tipo elevó a rango legal la doctrina jurisprudencial de *esta Sala*, que según explicó la sentencia 507/2009 de 28 de abril, con citaba otras muchas, resolvió las dudas interpretativas en torno a tipicidad en el caso de falsificaciones efectuadas en el extranjero. Según la misma, el uso de documentos de identidad falsos permite a su portador salvar las correspondientes barreras de control que contribuyen a garantizar la seguridad del Estado. De ahí el interés del mismo en su punición, que atrae, cualquiera que sea el lugar donde se hubiere efectuado la falsificación, la competencia de los tribunales españoles *ex artículo 23 3g) LOPJ*.

Por tráfico de documentos falsos debe entenderse su comercialización de los mismos en el mercado clandestino. Y en este caso, el relato de hechos que nos vincula describe la intervención de la recurrente en la operativa de comercialización del pasaporte falsificado de la República Federal de Nigeria que trasladó tal documento hasta Sevilla para su comercialización.

No se puede condenar por un delito (tráfico de documentos) a abonar en costas a una parte procesal cuando la misma no acusó por ese delito.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIDAD DE EXTRANJERÍA

El único motivo de recurso, que cuenta con el apoyo del Fiscal, invoca el *artículo 5.4 LOPJ* para denunciar infracción de la tutela judicial efectiva al haber resultado condenada al pago de la parte proporcional de las costas de la acusación particular, cuando ésta no solicitó condena para ella.

Por imperativo legal la condena a sufragar las costas del juicio es preceptiva para quien resulta condenado como responsable penal (*artículo 123 CP*), e incluirá las de la acusación particular en el caso de condena por delitos solo perseguibles a instancia de parte (*artículo 124 CP*), por lo que, en tales supuestos no es imprescindible una expresa petición. Sin embargo, sí debe imperativamente mediar previa petición cuando se trate de incluir dentro de las costas del acusado o acusados las de la acusación particular en los demás delitos y también las que pudieran imponerse a los querellantes por haber sostenido pretensiones temerarias frente al acusado. La condena en costas no se concibe ya como sanción sino como resarcimiento de gastos derivados del comportamiento antijurídico. Su fundamento pues no es el punitivo, sino la compensación de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, la privada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito, en la idea de completar así la reparación por los gastos que la conducta criminal del condenado les haya ocasionado. En ese contexto, la reparación de tales daños se encuentra sometida al principio dispositivo y de rogación, por lo que la inclusión de las mismas sin que medie petición de la parte interesada implica vulneración de este último.

En el caso que nos ocupa, no solo el escrito de conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el acto del juicio no contenía expresa petición de pena, ni la condena en costas para la ahora recurrente. Pero es que, además, ni siquiera formuló acusación por el delito de tráfico de documentos de identidad falsos, único por el que la D^a Leonor resultó condenada, por lo que, a condena al pago de las costas de la acusación particular impuesta, vulnera claramente el principio de rogación. En atención a ello el recurso se va a estimar, con extensión de su efecto a D. Avelino, cuyo recurso fue declarado desierto, que también resultó condenado por el mismo delito y contra quien la acusación particular no formuló acusación alguna.