Roj: **SAP IB 2271/2022** - **ECLI:ES:APIB:2022:2271**

Id Cendoj: **07040370012022100356**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Palma de Mallorca**
Sección: **1**
Fecha: **19/09/2022**
Nº de Recurso: **91/2022**
Nº de Resolución: **363/2022**
Procedimiento: **Procedimiento abreviado**
Ponente: **SAMANTHA ROMERO ADAN**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00363/2022

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA

Sección nº 1

ROLLO: Procedimiento Abreviado 91 /2022

Órgano de procedencia: Juzgado de Instrucción nº 3 de Palma

Procedimiento de origen: Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado 763/2022

Tribunal:

Dña. Samantha Romero Adán

Dña. Rocío Martín Hernández

D. Javier Burgos Neira

SENTENCIA nº 363/2022

En Palma de Mallorca a 19 de Septiembre de 2022

Se ha sustanciado ante esta Audiencia el Juicio Oral dimanante del procedimiento Abreviado nº 763/2022, tramitado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Palma de Mallorca por un presunto delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto en el artículo 318 bis, párrafos 1º, 2º, 3º a) y b) del CP (ayuda a la entrada con ánimo de lucro en el seno de una organización y con puesta en peligro para la vida o integridad de las personas) en relación con el artículo 89.9 del mismo texto legal, en el que figura como acusado Alejandro , asistido por el letrado Sr. Del Río Ruíz y representado por el procurador Sr. Cortés Estarellas; siendo parte el Ministerio Fiscal, del que resultan los siguientes

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Samantha Romero Adán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 16 de Septiembre de 2022 se celebró el acto del juicio y, en aplicación del artículo 786 LECrim, la Sala ofreció a las partes la posibilidad de suscitar alguna cuestión previa de naturaleza procesal o procedimental o proponer a algún medio probatorio que se pudiera practicar en el acto. El Ministerio Fiscal en dicho trámite únicamente interesó la corrección de un error material advertido en la conclusión primera de su escrito. La defensa no propuso cuestiones previas ni nuevos medios de prueba.

Acto seguido, se practicó la prueba propuesta y admitida, con el resultado que consta en acta y anexo videográfico.

SEGUNDO.- En fase de conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal, calificó los hechos como constitutivos de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto en el artículo 318 bis, párrafos 1º, 2º, 3º a) y b) del CP (ayuda a la entrada con ánimo de lucro en el seno de una organización y con puesta en peligro para la vida o integridad de las personas) en relación con el artículo 89.9 del mismo texto legal, del que responde en concepto de autor el acusado Alejandro , interesando se le impusiera la pena de 5 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas.

TERCERO.- La defensa interesa, la libre absolución de su defendido.

CUARTO.- Practicada la prueba propuesta y, evacuados los informes, el Presidente del Tribunal concedió la última palabra al acusado, declarando a continuación el juicio visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS

Se declara probado que Alejandro , mayor de edad en tanto nacido en Argelia el NUM000 de 1983, con NIE nº NUM001 , en situación irregular en España, sin antecedentes penales, privado de libertad por la presente causa desde el día 8 de Junio de 2022, sobre las 04:45 horas del día 8 de Junio de 2022 navegaba a los mandos de una pequeña embarcación tipo "patera" con casco de aproximadamente 6 metros de eslora procedente de Argelia, provista de un único motor fuera borda de 40 CV, y con un total de diecisiete pasajeros de la misma nacionalidad, adentrándose en las costas españolas por puesto fronterizo no habilitado sin cumplir los requisitos que para la entrada en territorio español establece el artículo 25 de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social en relación con el artículo 54.1 b) de la citada Ley, con absoluto desprecio a la política migratoria del Estado y a la regulación que el mismo contempla sobre el control de flujos migratorios, siendo interceptada la embarcación a unas cuatro millas náuticas de la Isla de Cabrera (Mallorca-Baleares), en la posición 39º06951N y 002º5503E.

La travesía, dirigida por el acusado por cuanto era él quien patroneaba la embarcación, con ayuda de otra persona que se encuentra en paradero desconocido, se realizó desde la localidad de Corso (Bumerdés-Argelia) con una duración de entre 22 y 24 horas, en una embarcación precaria de pequeñas dimensiones no apta para dicho desplazamiento, sin cumplir los estándares de seguridad marítima internacionales, sobrepasando en exceso su capacidad. Dicha embarcación carecía de medidas de seguridad para los pasajeros y no contaba con otro auxilio para la navegación que el GPS de una aplicación de teléfono móvil que no ha sido localizado, quedando la embarcación a la deriva hasta que finalmente fue recuperada y transportada al puerto de la Isla de Cabrera por Salvamento Marítimo y efectivos de la Guardia Civil. La falta de espacio, el número de los inmigrantes trasportados, la ausencia de elementos de seguridad, de radio, la existencia de bidones de gasolina en la embarcación, así como el resto de condiciones en que se produjo la travesía (de noche y sin apoyo alguno), podía haber provocado el fallecimiento o lesiones graves (hipotermia, ahogamiento, quemaduras...etc) en los viajeros.

El acusado fue el encargado de dirigir la embarcación desde Corso hasta las costas españolas. El desplazamiento fue organizado por personas asentadas en Argelia que cobraron a cada ocupante de la embarcación una cantidad aproximada de 300.000 dinares argelinos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala, tras el análisis del resultado de la actividad probatoria desplegada en el acto de juicio, concluye que existe prueba de cargo suficiente en la que asentar la condena del acusado como autor del delito postulado por la acusación, con las precisiones que más adelante se expondrán.

No obstante, con carácter previo a formalizar el análisis de la información plenaria aportada por el testigo protegido y las corroboraciones de su relato que nacen del resultado de otras pruebas practicadas resulta necesario abordar la aptitud del testigo oculto como prueba de cargo y de la preconstitución probatoria de la meritada prueba testifical.

1.- Sobre la aptitud del testigo oculto, la STS 430/19, de 27 de Septiembre, dispone: "Después de descartar la vulneración del principio de la publicidad del proceso por el mero hecho de que el testigo hubiera declarado sin ser visto por el acusado y su defensa, entra a examinar el Tribunal Constitucional la posibilidad de contradicción y de igualdad de armas en el proceso, esto es, el real ejercicio del derecho de defensa.

La primera de esas exigencias, la contradicción procesal, deriva directamente -dice el Tribunal Constitucional- del *art. 6. 3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos* , a la luz del cual ha de interpretarse el *art. 24.2 C.E* . por exigencia del art. 10.2 de la Norma fundamental. El art. 6. 3 d) del Convenio exige que el acusado pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo en las mismas condiciones que los de descargo. Por tanto,

la cuestión que surge es si puede entenderse cumplido tal requisito en aquellos supuestos como el que nos ocupa, en el que los testigos de cargo prestan su declaración sin ser vistos por el acusado, aunque sí oídos".

La misma sentencia, con cita de la *STC 64/1994 , señala que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, con cita a su vez de* la jurisprudencia del TEDH sobre la materia, argumenta que "ha examinado en diversas Sentencias el problema, pero referido más bien a los testimonios anónimos, es decir, aquellos en los que la identidad de los testigos era desconocida para el Tribunal o para la defensa o para ambos. En este sentido pueden citarse las *Sentencias de Kostovski, de 20 de noviembre de 1989* , y *Windisch, de 27 de septiembre de 1990* , o, *finalmente, la Sentencia LUDI, de 15 de junio de 1992* . En estas resoluciones ha reconocido el TEDH la importancia de proteger a los testigos susceptibles de ser objeto de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de delincuentes pertenecientes a bandas organizadas o miembros de una gran criminalidad (Sentencias Ciulla y Kostovski), mostrando asimismo comprensión hacia la necesidad de garantizar y estimular la colaboración de los ciudadanos con la policía en la lucha contra la criminalidad (Sentencia Windisch). Pero, aun así, y en dos de las precitadas Sentencias (casos Kostovski y Windisch) ha estimado contrario a las exigencias derivadas del C.E.D.H. la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad. En el caso LUDI, insistió en la importancia de posibilitar la contradicción del testimonio de cargo, aunque en esta ocasión se tratase de persona (funcionario de policía) cuya identidad era necesario proteger".

La referencia a la anterior doctrina del T.E.D.H. permite, pues, concluir -según el Tribunal Constitucional- que es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio; por el contrario, en aquellos casos en que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de "oculto" (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos -tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del *art. 6. 3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución "*.

La sentencia que analizamos, añade: "Con posterioridad a la *STC 64/1994* ha dictado otras *resoluciones el TEDH sobre la materia de los testigos protegidos: 26 de marzo de 1996 (Doorson c. Países Bajos*), *23 de abril de 1997 (Van Mechelen c. Países Bajos*), *14 de febrero de 2002 (Wisser c. Países Bajos*), *28 de marzo de 2002 (Birutis c. Lituania*) y *22 de noviembre de 2005 (Taal c. Estonia). A* través de las mismas se colige como pautas insoslayables para que puedan operar como prueba eficaz de cargo los testimonios anónimos, aparte de que esté justificada la necesidad del anonimato, que tal situación aparezca compensada por un interrogatorio de la defensa que permita apreciar la fiabilidad y veracidad del testimonio, y señalándose también el matiz importante de que éste nunca podría servir como única prueba de cargo o como prueba incriminatoria decisiva para fundamentar la condena.

En el caso analizado por la referida *STS. 455/2014* constató que la identidad de los testigos protegidos fue conocida por el Tribunal y las defensas o bien la conocían, tal como se infiere de sus recursos imputándoles ser miembros de una banda de delincuentes -o en todo caso no solicitó que se les revelara su identidad, como autoriza el *art. 3 Ley 19/94* , y pudieron interrogarlos en el plenario y hacerles las preguntas que tuvieran por convenientes. Todo ello determina que la contradicción no puede entenderse restringida en este supuesto. Encontrándonos, en consecuencia, con un problema de credibilidad del testimonio del testigo protegido sometido a la inmediación del Tribunal de instancia que, de forma razonada, expuso la prueba directa, documental e indiciaria, que le llevó a no dudar de su veracidad.

En nuestro caso se trata de un testigo oculto que no anónimo que fue interrogado por la defensa que, además, no solicitó que se revelara su identidad y, en consecuencia, ninguna vulneración del principio de contradicción se advierte, situándonos a continuación en el análisis de la credibilidad del testimonio. Y, respecto de tal análisis, la STS 430/19, de 27 de Septiembre, dice: "....A lo que hemos de unir, que tanto durante la instrucción de la causa como durante el juicio oral, se les permitió interrogar sin ninguna limitación a esas testigos, mediante su confrontación directa, lo que permitiría solventar cualquier duda sobre la veracidad de su testimonio o la existencia de cualquier móvil espurio. Particularmente, si han obtenido cualquier tipo de ventaja que pudiera condicionar su testimonio, como se viene a insinuar. Mas al respecto es evidente que si la han obtenido, al menos en lo referente a su residencia en el país y a una cierta protección de las instituciones públicas, precisamente por entenderse que por su condición de víctima de un supuesto de trata de seres humanos aparecen como un interés especialmente digno de protección, lo que hace, como es sabido, que nuestra legislación les otorgue ciertos beneficios cuya existencia a nadie se le escapa, y que desde luego, aunque

pueden servir de aliciente a que se pongan de manifiesto hechos de esta naturaleza, no por ello restaría a priori valor a esos testimonios. Máxime en un supuesto como el presente en que será cierto que la condena se funda en la declaración de esas víctimas, pero estas no aparecen huérfanas de una ratificación periférica, al haber aportado una serie de datos que luego los agentes han podido corroborar, como seria esos movimientos bancarios que viene a ratificar el mecanismo seguido para entregar sus ganancias y en definitiva que se les privaba de todo ingreso, o el contenido de las llamadas telefónicas intervenidas en las que se pone igualmente de manifiesto ese tráfico.".

La misma sentencia continúa argumentando: "En resumen, el Tribunal tiene en cuenta, por un lado, que la queja es meramente formal, y que las acusadas, por la mecánica de los hechos y la investigación llevada a cabo, no pueden desconocer la identidad de las testigos protegidas y, por otro lado, que ha habido contradicción durante la instrucción y en el juicio, donde han podido ser vistas y oídas las testigos por las defensas, así como que los citados testimonios tienen corroboraciones.

En definitiva, conforme la Jurisprudencia citada lo importante es la ponderación que debe presidir las necesidades de protección de determinados testigos y las garantías inherentes a un proceso equitativo, y que la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio.

En el supuesto analizado, tal y como acertadamente analiza la sentencia de instancia, ha habido contradicción, porque las testigos han sido interrogadas por las partes, incluidas las defensas, la NUM002 y la NUM003 en instrucción y en el juicio oral, y la NUM004 con carácter preconstituido el 10 de abril de 2017, no siendo total el anonimato de las citadas testigos por las razones que se recogen en los razonamientos de la sentencia, los cuales compartimos, ya que el propio recurrente afirma que una de las testigos podría ser Elisabeth . Además, la identificación de las testigos protegidas estaba dirigida, según manifestaron las defensas, a atacar las eventuales animosidades que tuviera contra las acusadas, o las eventuales ventajas que con la denuncia podrían haber obtenido las mismas, pero ni en instrucción, ni en el acto del juicio oral se formuló pregunta alguna tendente a descubrir una posible enemistad que pudiera restar eficacia a los testimonios prestados, por lo que ninguna infracción del derecho a un juicio público justo ha tenido lugar, ni infracción del derecho de la defensa a cuestionar la imparcialidad y credibilidad del testimonio de cargo, por lo que no puede ser estimada la alegación".

La misma sentencia dice: "Declara la *STS 53/2014, de 4 de febrero* , que constituye una regla de experiencia que en los delitos de trata de seres humanos la presión sobre los testigos- víctima sometidos a la trata y explotación, es muy intensa, por lo que el recurso a la prueba preconstituida debe ser habitual ante la muy probable incidencia de su desaparición, huida al extranjero e incomparecencia al juicio oral, motivada ordinariamente por el temor a las eventuales consecuencias de una declaración contra sus victimarios. Esto es lo que ha ocurrido en el caso de autos.

Y la *STS 214/2017, de 29 de marzo* , que las declaraciones de las víctimas suponen prueba de cargo válida, por la naturaleza del delito, que dificulta la concurrencia de otras pruebas. *Es cierto que la obtención de beneficios procesales por parte de las víctimas de trata impone una especial valoración de su testimonio como prueba de cargo, para descartar supuestos en los que la incriminación de terceros se utilice de forma espuria, y para salvaguardar el derecho a la presunción constitucional de inocencia de estos terceros. Por ello, es necesaria la valoración cuidadosa que debe ir necesariamente acompañada de la concurrencia de elementos de corroboración del testimonio, pues en todos los casos de testimonios premiados, como sucede igualmente con las declaraciones de los "arrepentidos", la concurrencia de elementos objetivos de corroboración es imprescindible para que sus declaraciones puedan ser valoradas como prueba de cargo suficiente para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia".*

Tom ando en consideración la jurisprudencia antedicha la protección a los testigos en este tipo de supuestos se halla plenamente justificada en atención a la presión a la que frecuentemente se ven sometidos y al temor fundado que puedan sentir ante eventuales represalias que pudiera sufrir sus familiares residentes en el país de origen.

2.- Por lo que respecta a las alegaciones relacionadas con la preconstitución probatoria en forma, debemos significar que el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo consagrado por el *Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6*), e implícitamente comprendido en el derecho a un proceso con todas las garantías proclamado en el art. 24 *CE , constituye un elemento* esencial del principio de contradicción, exigencia del derecho de defensa. En tal sentido, los *párrafos 3 d*) y *1 del artículo 6 del CEDH* han sido analizados por abundante jurisprudencia del TEDH, concluyendo que " *los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena, se funda exclusivamente en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar ni en la fase de instrucción ni en la fase de*

Plenario" (*STEDH de 27 de febrero de 2001: caso Lucá c. Italia*). Ello no obstante, como dice la STS 686/2016, no es éste "un axioma pétreo e impermeable a matizaciones", en tanto que el propio TEDH las ha ido introduciendo (*STS 1031/2013, de 12 de diciembre*). A este respecto, la *STEDH de 19 de febrero de 2013* (*Caso Gani contra España*), después de reiterar el principio general, alude a esas modulaciones cuando dice: "...el articulo 6 § 3 (d) del Convenio es un aspecto específico del derecho a un proceso equitativo amparado por el articulo 6 § 1 que debe ser tomado en cuenta en cualquier valoración de la equidad del procedimiento. En consecuencia, la queja ha de ser examinada desde la perspectiva de las dos disposiciones tomadas en su conjunto (ver, entre otros, Asch c. Austria, 26 de abril de 1991, §25, series A nº 203, y S.N. c. Suecia, nº 34209/96, § 43, TEDH 2002-V). Todas las pruebas se deben practicar normalmente en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas. Sin embargo, añade que, la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con el articulo 6 §§ 1 y 3 (d), siempre y cuando, los derechos de la defensa hayan sido respetados. Como regla, esos derechos requieren que al demandado se le de la oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento (ver Unterpertinger c. Austria, 24 de noviembre de 1986, § 31, series A nº 110). Cuando una condena se basa exclusivamente, o en sumo grado, en las declaraciones que haya efectuado una persona, y cuando a la persona acusada no se le ha dado la oportunidad de interrogar, o hacer interrogar, bien durante las diligencias o en el juicio, los derechos de la defensa se restringen hasta un extremo que es incompatible con las garantías que ampara el articulo 6 (ver, en particular, Lucà c. Italia , nº 33354/96, § 40, TEDH 2001- II. y Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido [GC], nº 26766/05 y 22228/06, § 119, TEDH 2011).

Argumenta la misma sentencia, que el TEDH manifiesta que el párrafo 1 del articulo 6, combinado con el párrafo 3 requiere que los Estados Partes tomen todas las medidas adecuadas para posibilitar al acusado interrogar o hacer interrogar a los testigos en su contra. (ver, Sadak y Otros c. Turquía *(nº 1), nº 29900/96, 29902/96 y 29903/96, § 67, TEDH 2001-VIII). Esta medida forma parte de la diligencia que deben ejercer las Altas Partes Contratantes con el fin de garantizar, de una manera efectiva, el disfrute de los derechos que ampara el articulo 6 (ver, entre otros,* Colozza c. Italia, *12 de febrero de 1985, § 28, series A nº 89).* Ahora bien, el Tribunal Europeo concluye: "impossibilium nulla obligatio est*; siempre y cuando que no se pueda acusar a las Autoridades de falta de diligencia en sus esfuerzos en conceder al demandado la oportunidad de interrogar a los testigos en cuestión, la indisponibilidad de los testigos, como tal no es óbice para interrumpir el proceso (ver* Artner c. Austria, *28 de agosto de 1992, § 21, series A nº 242-A;* Mayali c. Francia , *nº 69116/01, § 32, 14 de junio de 2005; y* ?. c. Letonia, *nº 14755/03, § 94, 24 de enero de 2008).*

Sentado lo anterior, por lo que respecta a la preconstitución probatoria entendemos que en el presente supuesto se hallaba perfectamente justificada en la medida en la que la ausencia de arraigo y a posibilidad de que el testigo fuera presionado permitían advertir la existencia de un riesgo efectivo de imposibilidad de práctica de la prueba plenaria. El riesgo de no ser hallado al tiempo de la celebración del acto de juicio se antojaba muy elevado. En lo que aquí interesa, la reproducción de la prueba preconstituida ha permitido adverar que el acusado estuvo presente durante la práctica de la prueba testifical anticipada, debidamente asistido de letrado, y no sólo tuvo la oportunidad de someter a contradicción la prueba testifical así practicada, sino que efectivamente lo hizo y, en consecuencia, no advertimos que la prueba practicada anticipadamente haya provocado indefensión alguna al acusado. Debemos incidir en el hecho de que los elementos incriminatorios aportados al plenario resultan ser los mismos que fueron acopiados en la fase de investigación, sin que se haya objetivado la introducción de nuevos elementos incriminatorios o de circunstancias de una relevancia tan significada que hubieran hecho necesaria la declaración en sede plenaria del precitado testigo protegido. En síntesis, la información de contenido incriminatorio aportada por el testigo ha podido ser contradicha por la defensa en idénticas circunstancias a las concurrentes en sede plenaria pues lo único que ha acontecido es que la prueba testifical se ha practicado anticipadamente en la fase de instrucción con absoluto respeto al principio de contradicción.

Asimismo, debemos subrayar que el hecho de que los funcionarios policiales ofrecieran al testigo los beneficios que la ley prevé para aquellas personas que estén dispuestas a colaborar con las autoridades procurando información que permita avanzar en la desarticulación de redes u organizaciones dedicadas a estas prácticas no permite per se considerar devaluado el testimonio hasta el punto de convertirlo en una prueba inhábil para fundamentar la condena. Ni esta circunstancia permite estimar que la información que aporte tal testigo se halla viciada por intereses espurios. Es decir, la existencia de tales beneficios obliga a realizar una valoración más exhaustiva de la información exigiendo corroboraciones periféricas que sirvan para afianzar la credibilidad del testimonio. En todo caso, debemos ponderar la circunstancia de que en este tipo de delitos únicamente se cuenta con estas pruebas dada la dificultad de que concurran otras.

Tom ando en consideración los criterios de valoración antedichos, advertimos que el relato ofrecido por el testigo protegido resulta sustancialmente corroborado por otras pruebas practicadas en sede plenaria como

tendremos ocasión de analizar a continuación. Si bien, con la finalidad dotar a este análisis valorativo de una mayor claridad expositiva comenzaremos por abordar la secuencia fáctica desde la localización de la patera.

Sob re este aspecto el Guardia Civil NUM005 , destacado en el Servicio Marítimo situado en Cabrera, relató que el COS les avisa de que el SIVE (Sistema de Radares de Vigilancia Marítima), a través de sus cámaras, ha detectado una traza de pateras. Señaló que el COS les da las coordenadas y se dirigen al lugar, significando que ese día llegaron cinco pateras.

A continuación, refiere que era de noche y detectaron la patera bastante cerca de la isla de Cabrera. Refiere que detuvieron la marcha y pudo apreciar cómo todos los pasajeros de la patera se dirigieron hacia la proa para que ellos no pudieran identificar al patrón de la embarcación. Afirma que se dirigieron hacia los ocupantes de la embarcación para que el patrón se pusiera al frente de "la caña" (timón) pero nadie quiso hacerlo. Afirma que en ese momento les avisaron de la detección de la traza de otra patera.

Pre guntado por el modo en el que diferencian una patera de otra, afirma que es el COS el que las identifica, reconociendo que la fotografía adjunta a su informe la realizaron ellos. Reitera el testigo que los ocupantes de la patera se dirigen hacia la proa cuando advierten su presencia porque "la caña" (timón) está detrás y así no se puede determinar quién ejerce la labor de patrón. Señala que en esta embarcación el timón (la caña) es un brazo con un motor que se llama fuera borda. Señaló el testigo que la embarcación no estaba preparada para hacer esta travesía y que si hubiera mala mar estarían fastidiados.

El Guardia Civil NUM006 relató que se dirigieron a las coordenadas que les indicaron y advirtieron la presencia de una embarcación que se encontraba en mar territorial español. Se dirigieron a la embarcación y cree recordar que ninguno de los ocupantes llevaba chaleco. Corrobora la versión ofrecida por su compañero al afirmar que los pasajeros se movieron hacia la proa cuando ellos se acercaron.

Por su parte, el inspector del Cuerpo Nacional de Policía, jefe del grupo IV de la UCRIF, instructor del atestado NUM007 manifestó que tras ser detectada la patera y trasladados por Salvamento Marítimo sus ocupantes hasta el puerto de Palma de Mallorca donde fueron asistidos por la Cruz Roja, los trasladaron a la Jefatura Superior de Policía de Palma donde el Grupo III de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras se hizo cargo de la tramitación administrativa.

A continuación, señala que el jefe de la brigada provincial le indicó que hiciera entrevistas entre los integrantes de las pateras. Refiere que la Guardia Civil les había facilitado un listado con los nombres y apellidos de los ocupantes de la patera y comienzan a hacer entrevistas auxiliados por un intérprete de árabe. Señala que la persona identificada como testigo protegido nº NUM008 les dijo que quería colaborar, siendo informado por los funcionarios policiales que si su colaboración es suficiente podrían regularizar su situación en España.

El testigo afirma que esta persona les dice que es electricista y que en Argelia hay un grupo organizado para traer pateras. Les dijo que tenía un conocido que organizaba pateras, contactó con él y le pidió 1.500 euros para el transporte. El testigo afirma que le preguntó si tenía fotografías de la persona que organiza estos viajes y, a continuación, relató cómo con una aplicación trasladaron los archivos del móvil del ciudadano argelino al móvil de la policía y desde este terminal al correo electrónico oficial de la UCRIF. Significa que comprobaron que en el listado que les facilitó la Guardia Civil aparecía el nombre de la persona identificada por el testigo. Señala que el testigo realizó un reconocimiento fotográfico en el que reconoció a tres personas. Señaló que iniciaron expediente de devolución porque entraron por puesto fronterizo no habilitado.

Rel ató que al visualizar le archivo que le facilitó el testigo protegido nº NUM008 vio a otra persona que se ve en los anexos adjuntos al atestado que llevaba un dispositivo electrónico. Sin embargo, expresa el testigo que, dada la premura que les exige Delegación del Gobierno había sido puesto en libertad cuando le quiso interrogar. La persona a la que se refiere es la identificada como Teofilo .

Ref iere el testigo que el error en la transcripción de un nombre no significa que se aluda a personas distintas, significando las dificultades de identificación de estas personada dado que viajan indocumentadas.

Rel ató que el acusado no prestó declaración en sede policial y no se le indujo a declarar en ningún sentido. El testigo afirma que estuvo presente en el momento en el que el testigo realizó las identificaciones en los anexos fotográficos y en la diligencia de reconocimiento en la que identifica al patrón de la embarcación.

Por lo que respecta al modus operandi la Comisaría General de Extranjería de Madrid les informa de que en el Norte de Argelia hay organizaciones criminales que captan a jóvenes en estado de necesidad y les ofrecen venir a Europa a ganarse la vida a cambio del pago de un precio. Refiere que otra organización se dedica a robar embarcaciones monocasco que son peligrosas. Añade, que también sustraen motores y pagan la gasolina con el dinero que pagan los que viajan. Refiere que el patrón es una persona muy importante de la organización. Señala que adjunto al atestado se hace referencia al artículo de un periódico argelino de fecha 16 de mayo de

2022 que les facilitó un informante suyo y del CNI en el que puede observarse el hallazgo de cuerpos sin vida de personas que viajaban en una patera. Se indica que todos murieron porque no llevaban chalecos ni disponían de medidas de seguridad. Refirió que creía que en Ibiza se encontró un cadáver procedente de una patera.

Señ ala que tuvo claro que todo procede de una estructura organizativa y que el acusado es el patrón de la embarcación.

Pre guntado por el momento en el que se decide conceder al testigo protegido los beneficios, indica el testigo que cuando decide colaborar le informan de que si su colaboración es suficiente se le podrá regularizar, concretando que, en el presente caso, todavía no está regularizado. Significa que al acusado no le consta ninguna detención anterior.

El funcionario del Cuerpo Nacional de Policía NUM009 manifestó que actuó como secretario del atestado. Señaló que el acusado se acogió a su derecho a no prestar declaración y afirma que estuvo presente durante la declaración del testigo protegido y en el primer reconocimiento. Concluye que el acusado es el patrón de la embarcación porque el testigo protegido dijo que quería colaborar, pasó fotografías y lo identificó como la persona que llevó el timón de la embarcación en todo momento. También habló de Teofilo del que dijo que era del mismo barrio que el patrón y se dedicó durante la travesía a orientar al patrón.

Rec uerda que el testigo relató que tuvo bastante miedo en el primer momento y señaló que perdieron el rumbo. Afirma que en los informes que les pasó salvamento marítimo se ve que no contaban con medidas de seguridad si bien reconoce que no vio la embarcación. Señala que se informó con carácter previo al testigo protegido de la posibilidad de obtener beneficios si colaboraba.

Det erminada la secuencia fáctica, abordaremos el análisis de la información aportada por el testigo protegido.

Com enzando por la información aportada, relató el testigo que el día 8 de Junio de 2022 llegó a España en una embarcación tipo patera que salió del puerto de Corso, en la que viajaban 17 personas. Detalló que la embarcación era pequeña, concretando que disponía de unos 6,5 metros. También relató que disponía de un único motor fuera borda.

A continuación, afirma que aportó unas fotografías a la policía y que los bidones que en ellas aparecen portaban gasolina. Señaló que Salvamento Marítimo acudió a las coordenadas en las que se encontraba la embarcación porque fueron ellos los que les avisaron. Más concretamente, refirió que les avisaron el patrón y su amigo. Afirmó que la gasolina se agotó y ese fue el motivo por el que decidieron avisar. Señaló que en ese instante los pasajeros de la embarcación empezaron a gritar.

Rel ata que en el momento en el que llegó Salvamento Marítimo hacía 22 horas que habían salido de Corso, y habían agotado el agua y la comida que había comprado Jesús Manuel . Preguntado por Jesús Manuel , refiere que es la persona que organizó el viaje, significando que no viajaba con ellos en la embarcación. No recuerda qué cantidad de comida y bebida había. Sólo recuerda que las botellas de agua eran pequeñas (de medio litro) y, en cuanto a la comida, dice que comieron dátiles, galletas y yogur. Afirma que no conocía a los demás pasajeros con anterioridad al viaje y que pagó para ir en la embarcación la cantidad de 300.000 dinares (aproximadamente 1.200 euros), concretando a continuación que tal cantidad se la pagó a Jesús Manuel .

Exh ibido el reconocimiento fotográfico dice que la persona que figura en la fotografía número 1 es el acusado y afirma que el acusado era el patrón de la embarcación. Preguntado por qué deduce que era el patrón, dice que era la persona que conducía la embarcación, la que llevaba el motor. Exhibida la fotografía obrante en el Anexo A, reconoce al acusado, la instructora le pide que lo identifique, y el testigo coloca la letra B sobre la persona que lleva una gorra blanca y está situada junto al motor. Preguntado sobre si esta persona estuvo siempre en esa posición junto al motor, señaló que estuvo siempre en esa posición, excepto media hora, momento en el que se tomó un descanso.

Exh ibido el reconocimiento fotográfico dice que reconoce a la persona que aparece en la fotografía número 2 y dice que era la persona que manipulaba un aparato que llevaba en la mano, que tiró al mar cuando llegó Salvamento Marítimo. Señala que el GPS lo llevaba Ángel Daniel , significando que esta persona no aparece en ninguna de las fotografías y no recuerda si aparece en los vídeos. Dice que Ángel Daniel estaba situado en el lado contrario que el acusado, lo sitúa delante (PROA) y dice que él estaba situado en medio.

Pre guntado por la persona que se halla de pie junto al acusado con un aparato en la mano, dice que esta persona era la encargada de coger el aparato cuando Ángel Daniel descansaba. Afirma que lo que tenía en la mano era un teléfono que disponía de una aplicación con la que determinaban el rumbo de la embarcación para llegar a Mallorca. Afirma que la persona que llevaba el teléfono en el que se encontraba la aplicación era la que daba instrucciones al patrón de la embarcación. Se encargaba esta persona porque era la que sabía manipular la aplicación. Preguntado por el motivo por el que hizo las fotografías manifestó que todos los

pasajeros llevaban teléfono y todos hacían fotografías. Dijo que era la primera vez que intentó llegar a España en patera y que el dinero con el que pagó lo tenía ahorrado.

Pre guntado el testigo por las indicaciones que recibieron de la organización al salir de Corso, señala que les dijeron que estaba prohibido fumar, nada más. Niega que les indicaran que había que llamar al 112 o q ue la embarcación llegaría hasta la costa española. Señala que les indicaron que la gasolina que portaban era suficiente para realizar el trayecto. No les dieron el contacto de ninguna persona en España con la que contactar a su llegada.

A continuación, negó que tuviera interés alguno en perjudicar a las personas que identificó en las fotografías, así como que obtuviera beneficio alguno por señalar a personas determinadas atribuyéndoles su participación en el hecho. Afirma que no tiene miedo y que ha dicho la verdad. Afirma desconocer si Jesús Manuel ha organizado más viajes ni si se dedica a esta actividad. Señala que no tiene dónde quedarse en España y que no tiene familia en nuestro país.

Pre guntado por el Ministerio Fiscal señaló que Ángel Daniel no pagó el viaje, concretando que el acusado y Ángel Daniel fueron los únicos que no pagaron el viaje. Señala que en la embarcación no había chalecos salvavidas ni motor supletorio, aunque sí bengalas. Afirma que no tenían un plan previsto para el supuesto de que se quedaran sin gasolina. Relata el testigo que el mar estaba en buenas condiciones, pero refirió que las primeras horas del viaje fueron duras. Señala que se asustaron porque se perdieron. Detalla que él sabe nadar, pero ignora si los demás ocupantes de la embarcación saben. Sostuvo que el trayecto fue un poco difícil.

Pre guntado por la defensa de Ángel Daniel manifestó que no le conocía con anterioridad y concreta, preguntado por manifestaciones realizadas en el curso de la declaración policial previamente prestada, que conoce el hecho de que los pasajeros eran del mismo barrio y él, de otro barrio distinto. Manifiesta que no recuerda si leyó la declaración policial antes de firmarla. Preguntado si la firmó sin leerla, contesta que no sabe de leyes. Afirma que no conoce los nombres de todas las personas que viajaban en la embarcación, que sólo conocía el nombre de uno de ellos. Niega haber trabado una relación de amistad o enemistad con Ángel Daniel . Dice que conoce su nombre porque durante el viaje se dirigieron a él por ese nombre. Preguntado si está conforme con la parte de la declaración en la que manifiesta que no sabe si Ángel Daniel pertenece a la organización, dice que Ángel Daniel ha pagado el viaje como ellos y que no está seguro de que Ángel Daniel pertenezca a la organización. No sabe qué otra persona no pagó el viaje.

Dic e que no sabe cómo se hizo el pago del viaje y afirma que en su caso fue su padre el que pagó, aunque a continuación matiza que quien pagó fue un amigo de su padre. Dijo que todos estaban juntos en el momento del pago y que pagaron fuera de la embarcación. Señaló que pagaron a otra persona que no viajaba con ellos en la embarcación.

Pre guntado por la defensa de Alejandro sobre su hacían turnos en el manejo del motor, si lo manejaban varias personas, respondió que una persona condujo durante todo el viaje y fue Alejandro . Preguntado por el manejo del motor durante la media hora en la que afirma que Alejandro descansó, respondió que nadie ocupó su lugar, que apagaron el motor. Manifestó que no sabía qué personas iban a viajar con él en la embarcación con carácter previo a la realización de la travesía. Preguntado sobre cómo sabe quién pagó y quién no, responde que normalmente el patrón no paga, que está seguro de que no ha pagado. Reitera que sabe muy bien que el patrón no paga. Preguntado sobre si el normal que el patrón no pague, dice que sí, que tiene derecho a no pagar.

Afi rma que nadie le obligó a ir en la patera, que quería llegar a España para mejorar sus circunstancias de vida en relación con las que tenía en Argelia. Preguntado por el motivo por que el habla de una organización afirma que normalmente no es una sola persona la que organiza el viaje. Son muchas personas.

Pre guntado sobre si le han dicho que iba a obtener beneficios, si iba a mejorar sus circunstancias en España, responde que sí, que le han dicho que sí.

A continuación, la instructora solicita del testigo una serie de aclaraciones por advertir ciertas contradicciones en su relato. En primer lugar, sobre si Ángel Daniel pagó o no el viaje, dado que con motivo de las preguntas realizadas por el Ministerio Fiscal manifiesta que no pagó y, respondiendo a las preguntas realizadas por la defensa de Ángel Daniel , refiere que sí lo hizo. Explica que a la policía le dijo que subió a la embarcación con la seguridad de que Ángel Daniel y el patrón no pagaron por el viaje porque el que lleva GPS y el que lleva el motor no pagan. Afirma que durante el viaje se produjo una discusión y oyó que Ángel Daniel dijo que había pagado como ellos.

Pre guntado sobre si pagaban antes de subir a la embarcación delante de todos, dice que no ha visto a nadie que pagara delante de todo el mundo, pero normalmente la gente que quiere puede pagar delante de ellos. Preguntado sobre si vio a alguien pagar delante de él, respondió que no. Preguntado por el motivo por el que

afirma que normalmente se paga delante de todos, responde que no ve anormal que una persona pague delante de todos, se puede ver en Facebook, en vídeos donde se enseña cómo funcionan las cosas.

Fin almente, preguntado sobre si alguien comentó si Ángel Daniel o Alejandro hacían viajes cómo éste que estaban haciendo, responde que no, que nunca ha dicho que hubieran llevado a otros.

El análisis de la información que aporta el testigo permite advertir la persistencia del relato en cuanto a la identificación del acusado como la persona que manejaba el motor, como el patrón de la embarcación. Tanto en dependencias policiales, ante los funcionarios encargados de la investigación como ante la instructora, reitera de modo persistente que es el acusado el patrón de la embarcación. Y tal relato se ve, a su vez, corroborado por las fotografías que el testigo aportó a los funcionarios policiales que en su declaración plenaria confirmaron este extremo.

En tales fotografías puede apreciarse que el acusado aparece en todas ellas situado en la parte de atrás de la embarcación (popa) junto al motor, con ambas manos extendidas. Observándose con más claridad en las fotografías identificadas como anexos D y E, cómo la mano izquierda del acusado sostiene o se apoya sobre algo, que no puede ser otra cosa que el timón, si se toma en consideración la descripción que el funcionario de la Guardia Civil NUM005 hizo del motor de la embarcación sobre el que se asentaba la caña o timón, describiendo el timón como "un brazo con un motor". A ello debe añadirse el hecho de que en todas las fotografías (Anexos A a E) se observa que el acusado no sólo no abandona en momento alguno esa posición, sino que, junto a él, de pie, se halla una persona que sostiene un aparato electrónico, parece que un terminal de telefonía móvil, en el que se ha instalado una aplicación con la que se orienta el rumbo de la embarcación. Pudiendo advertirse en la fotografía obrante en el anexo

E cómo la persona que sostiene en sus manos tal aparato electrónico se dirige hacia el acusado quien, además, se reconoce en todas las fotografías. Si se observa con detenimiento las fotografías se advierte además que no hay ninguna otra persona distinta del acusado situada junto al motor, que el resto de los ocupantes de la embarcación están distribuidos a ambos lados de la embarcación en actitud relajada. No así el acusado, ni la persona que le orienta, quienes mantienen una actitud corporal distinta, propia de quienes están cumpliendo con un cometido, con una función. Se advierte en ellos cierta actitud de concentración.

Con base en todo lo expuesto, consideramos que una valoración lógica y racional del acopio probatorio debidamente introducido en el plenario nos permite inferir con certeza que era el acusado el que patroneaba la embarcación. Así lo consideramos pese a la actitud defensiva esgrimida por el acusado en el plenario cuando negó haber conducido en momento alguno la embarcación. Más si cabe si atendemos a la contradicción advertida entre la declaración prestada en el plenario y la prestada en sede judicial (acontecimiento nº 10) en la que reconoció haber conducido la embarcación durante tres horas, tomándose una hora de descanso. Preguntado por la contradicción, la explicación que ofrece no resulta en modo alguno convincente dado que se limita a manifestar que fueron los funcionarios policiales los que le dijeron lo que tenía que declarar. Nada convincente, si se toma en consideración que no prestó declaración en sede policial por haberse acogido a su derecho constitucional a no prestar declaración y cuando se le indica tal circunstancia, cambia su relato y dice que realizó esta manifestación porque Teofilo le dijo que tenía que decir que todos han conducido la embarcación. Su versión de los hechos en modo alguno desmerece la contundencia del acopio probatorio de contenido incriminatorio que venimos analizando dado que ni la versión defensiva cambiante ni el hecho de que el testigo pudiera verse favorecido por ciertos beneficios legalmente previstos por su colaboración, permiten cuestionar la persistencia del relato ni su credibilidad, atendidas las corroboraciones advertidas. De otra parte, debemos precisar que el hecho de que el acusado quisiera instalarse en España como manifestó durante su declaración no empaña su responsabilidad, tal y como expresó la STS 673/2014, de 15 de Octubre, cuando dispuso: "...Que el propio recurrente pretendiese también instalarse en España no diluye su responsabilidad como razona acertadamente la Sala de instancia. Se le condena no por su pretensión de introducirse ilegalmente en territorio nacional sino por ayudar a otros a ese objetivo ilegal. Ser también inmigrante no es una causa personal de exclusión de la pena prevista en el art. 318 bis CP, ni autoriza a realizar las conductas allí castigadas, ni blinda frente a una acusación por tal delito". Y añade: " **....**Del hecho de ser quien pilotaba la embarcación puede deducirse su papel protagonista. No es verosímil que fuese otro el patrón y que justo en esos momentos le hubiese encomendado de forma puramente transitoria la llevanza de la patera. La inferencia de la Sala sobre su rol muy distinto al de un simple pasajero es sólida y está bien fundada. No era "uno más" del grupo como quiere sostener ahora en abierta contradicción con el hecho probado que se apoya en una valoración racional de la prueba y entre ella la abundante y en algunos casos inequívoca testifical".

SEGUNDO.- Por lo que respecta a la calificación jurídica de los hechos la STS 656/2017, de 5 de octubre analiza la distinción entre infracción penal y administrativa, y argumenta: "En relación a tal delito dijimos en nuestra *sentencia Tribunal Supremo nº 646/2015 de 20 de octubre* que: *El artículo 318 bis. 1, hasta la Ley Orgánica*

1/2015 sancionaba los actos de favorecimiento o promoción de "tráfico ilegal o inmigración clandestina" desde, en tránsito o con destino a España o a países de la UE.

Tra s la citada reforma el comportamiento típico consiste en ayudar intencionadamente 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".

Por su parte el artículo 313.1 del Código Penal varió su contenido, respecto a su redacción entonces vigente, tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010. Ésta circunscribió el tipo penal a los supuestos de favorecimiento de emigración, destipificando, a los efectos de ese precepto, la determinación a la inmigración clandestina.

Es decir, desde la vigencia de la reforma de 2010, además de tipificar separadamente la trata de personas, se eliminó la posible duplicidad típica de la misma conducta (favorecer la inmigración) en los artículos 313.1 y 318 bis 1 del Código Penal . Como se advertía en la exposición de motivos el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transaccional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios añadiendo .... como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1 . ....

Por lo que concierne a la modificación de 2015, el tipo penal sustituye el concepto inmigración clandestina por el de entrada o tránsito (además de la permanencia o estancia a que se refiere el nuevo 318 bis 2) en la que concurra contravención de las normas legales.

Lo que, siendo concorde al nuevo bien jurídico considerado, ¬exclusivamente la legalidad administrativa de la entrada y presencia en territorio español de ciudadanos no europeos (si fuere ciudadano de un país de la Unión se exige ánimo de lucro)¬ puede suponer una total asimilación de la respuesta penal con la administrativa. La lectura de éstas permite comprender que no toda ilegalidad es equiparable a clandestinidad.

Nue stra Jurisprudencia, anterior a la última reforma ya había hecho severas advertencias. Valga por todas la STS 678/2014 de 23 de octubre : "No basta con acreditar cualquier infracción de la normativa administrativa sobre la materia, sino que la referencia a la ilegalidad del tráfico o a la clandestinidad suponen el empleo por parte del autor de alguna clase de artificio orientado a burlar los controles legales establecidos en el ámbito de la inmigración, o con carácter general del tránsito de personas de unos países a otros. En este sentido la STS nº 147/2005, de 15 de febrero . Pero ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva, y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico .

Des de la perspectiva relacionada con el bien jurídico, aun cuando se entienda, como hace un sector doctrinal, que el delito trata de proteger el control sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática en un nuevo Título XV bis bajo la rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjero , impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico , por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina . ..... En consecuencia, la conducta típica del artículo 318 bis no se corresponde mecánicamente con el mero incumplimiento de la normativa administrativa en materia de extranjería. El referido precepto exige una afectación negativa relevante, actual o seriamente probable, de los derechos del ciudadano extranjero . (STS nº 1465/2005)...".

En cualquiera de los casos, decíamos en la STS nº 1087/2006 "no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas que en la legislación de extranjería vienen configuradas como una mera infracción administrativa (artículo 54 de la LO 4/2000), de manera que el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable".

Res pecto del tráfico ilegal, ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración (STS 284/2006, de 6 de marzo). Varias sentencias de esta Sala se han pronunciado sobre el particular, destacando los aspectos formales relacionados con la ilegalidad, aunque sin excluir la exigencia de algún factor de riesgo para los derechos del ciudadano extranjero afectado, elemento que en la mayoría de los casos se extrae sin dificultad de la situación en la que las personas sujetos pasivos de la conducta son trasladadas por quienes se aprovechan de su situación.

Tra s la reforma operada en el Código Penal por la LO 5/2010, la previsión del artículo 318 bis 1 , aquí examinada, coexiste, en lo que aquí interesa, con otras dos previsiones incluidas bajo la rúbrica del Título XV, dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores. La primera, en el artículo 312.1, que sanciona a quienes trafiquen de manera ilegal con mano de obra. Y, la segunda, en el artículo 313, que sanciona al que determinare o favoreciere la emigración de una persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño

semejante, conducta ya prevista con anterioridad en el número segundo de dicho artículo en su redacción anterior a la referida Ley Orgánica.

De esta forma, los derechos de los trabajadores quedan protegidos por esos dos tipos delictivos, mientras que los que corresponden a los ciudadanos extranjeros se contemplan en el artículo 318 bis. A estos efectos no deben ser confundidos o equiparados el tráfico ilegal de mano de obra del artículo 312 y el tráfico ilegal de personas que aparece en el artículo 318 bis, aunque la expresión legal sea coincidente. El primero, generalmente concretado en la cesión de trabajadores o en la colocación ilegal de los mismos, se dirige a proteger los derechos de los trabajadores como tales, y se encuentra castigado con una pena comprendida entre dos y cinco años de prisión. Pena inferior a la comprendida entre cuatro y ocho años de prisión contemplada en el artículo 318 bis,, precepto, como se ha dicho, orientado a proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros, en cuanto personas, especialmente los referidos a su dignidad, libertad y seguridad, que pueden ser restringidos o ignorados cuando se encuentran en movimientos de tipo migratorio o similares desde, en tránsito o con destino a España o, ya en la actualidad, a otro país de la Unión Europea, y son colocados generalmente por grupos de tipo mafioso, en situaciones de irregularidad administrativa en materia de extranjería en los países por los que transitan o a los que son conducidos.

El nuevo supuesto de hecho del tipo penal, que en su modalidad básica no exige engaño ni forzamiento de la voluntad del inmigrante, pero que castiga comportamientos no siempre ocultos ni clandestinos, también conlleva el riesgo de desbordar la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal, obviando la necesaria diferenciación entre las respuestas penales y no penales. Lo que exige de la Jurisdicción una necesaria corrección del exceso verbal del tipo que deje fuera del ámbito penal conductas que, pese a contravenir la letra de la ley, no puede, por coherencia del sistema y exigencia de los principios penales legalizados, ser consideradas delictivas.

Por un lado, no cabe olvidar que el tipo penal se enmarca en una rúbrica que dice tipificar comportamientos "contra los derechos de los extranjeros", y éstos no coinciden necesariamente con los subyacentes a la regulación del flujo inmigratorio. De ahí que se haya dicho con buen tino que el extranjero es en el tipo penal más que víctima, ¬como sugiere la citada rúbrica¬ objeto de la infracción.

La recepción de la voluntad de la Unión Europea (Directiva 2002/90/CE y 2008/115/CE) no puede hacer idénticas la respuesta administrativa y la penal. Así lo recordaba incluso el Parlamento Europeo en su Resolución de 22 de mayo de 2012 al advertir de la naturaleza de intervención última, y mínima, de la sanción penal.

De ahí que no toda infracción legal, determinante de sanción administrativa, puede considerarse delictiva. Como ocurre con las denominadas infracciones leves del artículo 52 de la Ley Orgánica reguladora de extranjería. A modo de ejemplo la consistente en: Encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular. O La contratación de trabajadores cuya autorización no les habilita para trabajar en esa ocupación o ámbito geográfico.

Com o tampoco debe considerarse delictivo todo comportamiento susceptible de ser tipificado como infracción administrativa grave. A título de ejemplo Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito.

Est e deslinde de la infracción administrativa respecto de la delictiva aparece así, no en el Código Penal, pero sí en la legislación administrativa: Como en el caso que acabamos de citar, o en determinadas infracciones tenidas administrativamente por muy graves: artículo 54 1, b), c) o f).

Cur iosamente la ley sanciona (artículo 53.1 g) como infracción leve la "salida" de territorio español por puestos no habilitados, sin documentación o incumpliendo prohibiciones. Pero no prevé como infracción la "entrada" con esas mismas circunstancias. Sin embargo, era doctrina jurisprudencial a partir de un acuerdo no jurisdiccional del Pleno de esta Sala Segunda que: el facilitar un billete de avión a personas que carecen de permiso de trabajo permitiéndolas pasar por turistas, es una inmigración clandestina (Acuerdo de 13 de julio de 2005). En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que el delito incluye como tráfico ilegal la utilización de fórmulas autorizadoras de ingreso transitorio en el país (visado turístico por ejemplo) con fines de permanencia, buscando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (S. 28 de septiembre de 2005; 19 de enero de 2006) 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 (Sª 12 de diciembre de 2005); del mismo modo las SS. 19 de enero de 2006 , 6 de marzo de 2006 y 10 de noviembre de 2006 declaran que es tráfico ilegal la entrada como turista con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación. (STS 167/2015 de 24 de marzo ; 298/2015 de 13 de mayo).

Tra s la reforma de 2015 la acusación que se impute el delito del artículo 318 bis 1 del Código Penal habrá de identificar, no solamente la conducta probada, sino la concreta infracción administrativa y la razón por la que ésta adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidades meramente administrativa. Solamente ante tal completa identificación del título de condena cabrá ejercitar una adecuada defensa.

El primero de los motivos que integran este bloque, el cuarto, denuncia la indebida aplicación del *artículo 318 bis CP* . Especialmente porque considera que no existe base que permita aplicarla la modalidad agravada.

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».

Com o 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.

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 autorizadoras de ingreso transitorio 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 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.

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 (cual 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".

Abu ndando en lo expuesto la STS 396/2019, de 24 de Julio, argumenta: "...En lo que respecta al delito de ***inmigración ilegal*** , tipificado en el art. 318 bis *del C. Penal* , se afirma en la *STS 385/2012, de 10 de mayo* , que la doctrina tiene también declarado que debe entenderse por inmigración ilegal la que se produce con infracción de la normativa reguladora del tema, sin que existan razones materiales para negar la punición cuando la entrada se produce con una falsa apariencia de legalidad, pues debe acudirse a un concepto amplio de ilegalidad acorde con la normativa europea sobre la materia (Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002), concepto que no ha de limitarse por tanto al carácter oculto o subrepticio de la entrada ni a la utilización de documentación falsificada. Y es que ha de excluirse el error de partida de identificar la inmigración ilegal con la entrada ilegal en nuestro país.

Y en lo que se refiere al bien jurídico que tutela el art. 318 bis *del C. Penal* , esta Sala lo ha fijado en el interés social de controlar los flujos migratorios y en la libertad, la seguridad y la dignidad de los inmigrantes trasladados a España (*SSTS 569/2006, de 19-5* ; *153/2007, de 28-2* ; *770/2007, de 19-9* ; *801/2007, de 29-9* ; y *823/2007, de 15-10*).

En el preámbulo de la *LO 5/2010, de 22 de junio, se dice que el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el art. 318 bis r* esultaba a todas luces inadecuado, en

vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.

Par a llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado "De la trata de seres humanos". Así, el art. 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o trasnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.

En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter trasnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

Ade más de la creación del art. 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los arts. 313.1 y 318 bis.

Y en el preámbulo de la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se expone que "resulta necesario revisar la regulación de los delitos de inmigración ilegal tipificados en el artículo 318 bis.* Estos delitos se introdujeron con anterioridad a que fuera tipificada separadamente la trata de seres humanos para su explotación, de manera que ofrecían respuesta penal a las conductas más graves que actualmente sanciona el artículo 177 bis. Sin embargo, tras la tipificación separada del delito de tráfico de seres humanos se mantuvo la misma penalidad extraordinariamente agravada y, en muchos casos, desproporcionada, para todos los supuestos de delitos de inmigración ilegal. Por ello, se hacía necesario revisar la regulación del *artículo 318 bis con una doble finalidad: de una parte, para definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, es decir, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE* ; y, de otra, para ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante. De este modo, se delimita con precisión el ámbito de las conductas punibles, y la imposición obligatoria de penas de prisión queda reservada para los supuestos especialmente graves. En todo caso, se excluye la sanción penal en los casos de actuaciones orientadas por motivaciones humanitarias".

La precitada sentencia concluye: "Por consiguiente, a partir de las reformas penales de 2010 y 2015 todo apunta de forma clara a que el tipo penal del art. 318 bis protege ahora el bien jurídico consistente en el interés del Estado -y de la Unión Europea- en el control de los flujos migratorios. Se reconoce así que el bien jurídico se centra actualmente en la legalidad de la entrada, ubicándose así su objetivo en la tutela de un bien colectivo o suprainvidual y quedando la tutela de los bienes personales individuales de los migrantes encomendada al nuevo tipo penal del *art. 177 bis del texto punitivo, lo que explicaría la drástica reducción de pena que se percibe en la última redacción del art. 318 bis del C. Penal* .

De todas formas, la nueva restricción del bien jurídico que tutela el art. 318 bis *va a suscitar, tal como ha subrayado la doctrina, problemas de delimitación con la mera infracción administrativa contemplada en el art. 54.1.b) de la LO 4/2000, de 11 de enero* , al diluirse en gran medida los límites del campo de aplicación de ambas normas, teniendo que acudir a conceptos y criterios nada precisos a la hora de deslindar el ilícito penal y el administrativo con arreglo a la gravedad de la afectación de bienes jurídicos en principio sustancialmente asimilables.

Así pues, tras la tipificación del delito de trata de seres humanos en la LO 5/2010 como delito autónomo, la diferenciación entre el tráfico ilícito de migrantes (art. 318 bis CP) y la trata de personas (art. 177 bis CP) ha sido confusa en nuestro derecho positivo, tal como recuerda y precisa la *sentencia de este Tribunal 214/2017, de 29 de marzo* . La gravedad de las penas establecidas para la inmigración ilegal ha generado errores y en ocasiones se ha sancionado a través del primer tipo conductas que tendrían mejor encaje en la trata. Ambas conductas entrañan el movimiento de seres humanos, generalmente para obtener algún beneficio. Sin embargo, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto a la inmigración ilegal (antes llamado tráfico ilícito, lo que incrementó la confusión): una forma de captación indebida, con violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago de precio; y un propósito de explotación, principalmente sexual.

En el supuesto de la trata de personas, la fuente principal de ingresos para los delincuentes y el motivo económico impulsor del delito es el producto obtenido con la explotación de las víctimas en la prostitución, trabajos forzados, extracción de órganos u otras formas de abuso; mientras que en el caso de la inmigración ilegal, el precio pagado por el inmigrante irregular, cuando se realiza en el subtipo agravado de ánimo de lucro,

es el origen de los ingresos, y no suele mantenerse ninguna relación persistente entre el delincuente y el inmigrante una vez que éste ha llegado a su destino.

La segunda gran diferencia básica entre la inmigración ilegal y la trata radica en que la primera siempre tiene un carácter transnacional, teniendo por objeto a un extranjero ajeno a la Unión Europea, aun cuando no exija necesariamente la cooperación en el traspaso de fronteras, mientras que la trata de seres humanos puede tener carácter trasnacional o no, ya que las víctimas pueden ser ciudadanos europeos, o incluso españoles. Generalmente las víctimas de la trata de personas comienzan consintiendo en ser trasladadas ilícitamente de un Estado a otro exclusivamente para realizar un trabajo lícito (inmigración ilegal), para después ser forzadas a soportar situaciones de explotación, convirtiéndose así en víctimas del delito de trata de personas.

Y una tercera diferencia -según la precitada *sentencia 214/2017* - se encuentra en la naturaleza del delito de inmigración ilegal como delito necesitado en todo caso de una hetero-integración administrativa. Conforme a lo dispuesto en el art. 318 bis, este tipo delictivo, que en realidad tutela la política de inmigración, sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral, requiere en todo caso la vulneración de la legislación sobre entrada, estancia o tránsito de los extranjeros. Mientras que en el delito de trata de seres humanos esta vulneración no se configura como elemento típico, siendo los elementos relevantes la afectación del consentimiento y la finalidad de explotación.

4. Declara la *STS 108/2018, de 6 de marzo* , que el *artículo 318 bis 1 CP* , sanciona a quien directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España. Tras la reforma operada por la LO 1/2015, se protege principalmente el interés del Estado en el control de los flujos migratorios y, en consecuencia, se sanciona con una pena muy inferior las conductas que consistan en ayudar intencionadamente a alguien 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. Como se decía en la *STS 188/2016, de 4 de marzo* ,, "lo que se sanciona es la ayuda intencionada, con y sin ánimo de lucro, a la vulneración por los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, de la normativa legal reguladora de su entrada, tránsito y permanencia en territorio español, con la finalidad de respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios". No obstante, el precepto sigue estando encuadrado bajo la rúbrica relativa a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, presididos por el derecho a la preservación de su dignidad, lo que impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para tales derechos como consecuencia de la conducta típica. En este mismo sentido, se prevé la no punibilidad cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria. Y en la misma línea la agravación de la pena cuando se ponga en peligro la vida de las personas que sean sujeto pasivo de la infracción o se hubiere creado el peligro de causación de lesiones graves.

En el supuesto presente, advertimos que la conducta declarada probada se integra en el art. 318 bis 1 y 2 del Código Penal, en la medida en la que la acción consistente en favorecer la entrada ilegal de ciudadanos argelinos utilizando para ello una embarcación tipo patera, pilotada por el acusado desde Argelia, provista de un único motor fuera borda de 40 CV, y con un total de diecisiete pasajeros de la misma nacionalidad, que se adentró en las costas españolas por puesto fronterizo no habilitado, infringiendo los requisitos que para la entrada en territorio español establece el artículo 25 de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social en relación con el artículo 54.1 b) de la citada Ley, con absoluto desprecio a la política migratoria del Estado y a la regulación que el mismo contempla sobre el control de flujos migratorios, no sólo compromete el bien jurídico protegido constituido por el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, dado que el artificio empleado por el acusado se hallaba orientado a burlar los controles legales establecidos en el ámbito de la inmigración o con carácter general del tránsito de personas de unos países a otros, sino que provoca una seria afección de los derechos de los ciudadanos extranjeros. En particular, a su dignidad, libertad y seguridad, que pueden ser restringidos o ignorados cuando se encuentran en movimientos de tipo migratorio o similares desde, en tránsito o con destino a España o, ya en la actualidad, a otro país de la Unión Europea, y son colocados, normalmente a cambio de un precio-como ocurrió en el presente supuesto-en situación de irregularidad administrativa en materia de extranjería en los países por los que transitan o a los que son conducidos. Además la conducta se realizó con ánimo de lucro en la medida en la que los pasajeros abonaron, cada uno de ellos, 300.000 dinares argelinos (aproximadamente 1.200 euros).

TERCERO.- Por lo que respecta al subtipo agravado relacionado con la concurrencia de organización criminal la STS 400/2018, de 12 de Septiembre dispone: "La modalidad agravada prevista tras la LO1/2015 en el *artículo 318 bis 3 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).

Res pecto 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 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 cuanto a la agravación relativa a la concurrencia de organización, el escrito de conclusiones del Ministerio Fiscal no contiene relato fáctico alguno del que se desprenda la concurrencia de tal agravación. Se limita a manifestar que el desplazamiento ha sido organizado por personas asentadas en Argelia que cobraron a cada ocupante la cantidad de 300.000 dinares argelinos. Ciertamente, la realización de una travesía clandestina desde las costas de Argelia hasta Baleares requiere de una planificación y de una infraestructura de medios materiales y personales, pero en modo alguno se ha probado la existencia de la organización ni mucho menos que el acusado se halle integrado en esa organización. Consideramos que esta circunstancia no puede deducirse del sólo hecho de que fuera el patrón de la embarcación. Los datos aportados por el testigo protegido en la medida en la que únicamente identifica a tres personas, a las que les atribuye diversos roles, sólo permitiría considerar, a lo sumo, un supuesto de codelincuencia.

Por lo que respecta a la agravación relativa la riesgo para la vida, el ATS 143/22, de 27 de enero dispone: "....El Tribunal Superior, con cita de la jurisprudencia de esta Sala, señaló que, si bien no ha existido uniformidad a la hora de considerar el subtipo agravado como delito de peligro abstracto o presunto, en todo caso, en el presente supuesto debía considerarse que se puso en peligro la vida e integridad física de los inmigrantes de conformidad con lo que ya se ha expuesto anteriormente.

Lo acordado por la Sala de apelación debe ser ratificado en esta instancia. Resulta evidente que, sea cual fuere el criterio que se adopte a la hora de calificar el tipo agravado del art. 318 bis 3 b) como delito de peligro abstracto o concreto - todo apunta a que esta última caracterización es más conforme con los principios que han de informar el sistema penal (vid. *SSTS 11/2018, de 5 de diciembre* ; *388/2018, de 19 de julio*)-, el relato de hechos probados describe una verdadera situación de riesgo, incluso, de carácter vital para los inmigrantes que viajaban hacinados en la embarcación patroneada por el recurrente. La embarcación, según señala el *factum*,

era de muy escasas dimensiones, en él viajaban 15 personas, era inadecuada para el trasporte de personas, carecía de iluminación y llevaba combustible en forma susceptible de incendiarse o explotar.

La lectura del juicio histórico impide subsumir los hechos en un simple traslado clandestino de personas procedentes de África. El peligro de que la falta de espacio, número de los inmigrantes trasportados, ausencia de elementos de seguridad, así como el resto de condiciones en que se produjo la travesía (de noche y sin apoyo alguno que se refleje en los hechos probados), podía haber provocado el fallecimiento o lesiones graves en los viajeros, lo que queda reflejado en la sentencia recurrida. De ahí el acierto de la calificación jurídica postulada por el Tribunal de apelación y la necesidad de desestimar el motivo.

Por todo lo cual, procede la inadmisión del presente motivo de conformidad con lo que determinan los *artículos 884.3* º y *885.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal "*.

Con el objeto de analizar la concurrencia o no de la agravación pretendida por el Ministerio Fiscal debemos abordar el análisis de las concretas circunstancias en las que se realizó la travesía. A este respecto indica el Sr. Lucio (Capitán de Marina Mercante) en su informe que la embarcación utilizada disponía de aproximadamente 5 metros de eslora con un motor fuera borda que no cumplía los estándares de seguridad marítima, no dispone de documentación registral ni de documentación técnica, ni de las revisiones periódicas realizadas por alguna entidad de inspección privada o gubernamental reconocida. No disponen de elementos de la navegación, seguridad o salvamento, radioeléctricos y contraincendios.

Por su parte, el GC NUM010 señaló que dispuso de la información que aportaron los guardias civiles que participaron en la interceptación de la embarcación y afirmó que disponía de un casco de PVC de unos 6 metros, motorizado con un motor fuera borda de 40 CV que no presentaba número de serie. Carecía de bandera o marcado CE, y no cumplía las condiciones de seguridad exigibles en España para embarcaciones de dimensiones semejantes, no sólo en relación al número excesivo de ocupantes, sino en cuanto al resto de material de seguridad dado que el barco carecía de balsas, salvavidas, VHF marino (radio), compás (brújula), AIS. Significa que esta embarcación podría navegar entre 4 y 6 millas, pone en duda que pudiera navegar 12 millas. Señala que esa embarcación tiene problemas de estabilidad, sobre todo si hay mala mar e indica que este casco sólo se despacharía para cuatro personas, hallándose ocupada por muchas más, un total de 17.

En nuestro caso, la travesía se realizó de noche, en una embarcación que carecía de iluminación y de elementos de seguridad (no disponía de chalecos, ni de radio, ni de medios para orientarse o solicitar ayuda), lógicamente no había pasado revisiones técnicas. Portaba a los inmigrantes hacinados, en un número muy superior a su capacidad, y entre ellos portaba bidones de gasolina en condiciones susceptibles de explotar o incendiarse. Por lo tanto, como manifestaron los peritos en sus informes, los funcionarios de la Guardia Civil que acudieron a las coordenadas en las que se encontraba la embarcación, y puede apreciarse en las fotografías incorporadas al atestado, la travesía se realizó en unas condiciones en las que resulta obvio el peligro para la vida de los ocupantes de la embarcación en idénticas circunstancias a las apreciadas en la resolución anteriormente analizada.

Por todo ello, consideramos apreciable la agravación prevista en el art. 318 bis 3 b) del Código Penal.

CUARTO.- El acusado es responsable en concepto de autor, al amparo de lo previsto en el art. 27 y 28 CP, de un delito contra los derechos de los ciudadano extranjeros, previsto y penado en el art. 318 bis, párrafos 1, 2, 3 b) del Código Penal (ayuda a la entrada con ánimo de lucro, con puesta en peligro para la vida e integridad de las personas) en relación con el artículo 89.9 CP.

QUINTO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

SEXTO.- Partiendo de lo anterior, la Sala, tomando en consideración que el marco punitivo aplicable se encuentra entre los 4 y los 8 años de prisión, puesto que para la aplicación de la agravación es suficiente la concurrencia de uno de los supuestos contemplados en los apartados a) y b) del párrafo tercero del art. 318 bis, y que al acusado no le consta la realización de conductas análogas a la presente, estima proporcionado al presente supuesto, la imposición de la pena mínima de 4 de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en los arts. 239 y ss LECrim procede condenar al acusado al pago de las costas del presente procedimiento.

VISTOS, los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

LA SALA ACUERDA:

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Alejandro como autor penalmente responsable de un delito contra los ciudadanos extranjeros, previsto y penado en el art. 318 bis, 1, 2, 3 b) del Código Penal, a la pena de 4 de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales.

Abónese al acusado los días en los que ha permanecido privado de libertad por esta causa.

Notifíquese a las partes con expresión del derecho a interponer recurso de apelación en el plazo de 10 DÍAS siguientes al de la última notificación practicada de esta sentencia ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (art. 846 ter).

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.- Pronunciada y publicada ha sido la anterior sentencia ante mí el Letrado de la Administración de Justicia, por los Ilmos/as Magistrados/as que la firman, de lo que doy fe.

"Conforme a la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, los datos contenidos en esta comunicación y la documentación adjunta son confidenciales, estando prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia".

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ