



Roj: **SAP IB 358/2022 - ECLI:ES:APIB:2022:358**

Id Cendoj: **07040370012022100046**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2022**

Nº de Recurso: **115/2021**

Nº de Resolución: **151/2022**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **ROCIO NOBELDA MARTIN HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00151/2022**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA**

**Sección Primera**

ROLLO DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO NÚMERO 115/2021

ÓRGANO DE PROCEDENCIA: INSTRUCCIÓN 7 PALMA DE MALLORCA

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 1186/2021

**SENTENCIA núm.69/22**

**S.S. Ilmas.**

**DOÑA ROCIO MARTIN HERNANDEZ**

**DOÑA ANA PEREZ CARRILLO**

**DOÑA CRISTINA DIAZ SASTRE**

En Palma de Mallorca, a 21 de febrero de 2022.

VISTO ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas al margen referidas, el procedimiento abreviado número 1186/2021 procedente del Juzgado de Instrucción número 7 de Palma de Mallorca, Rollo de Sala de la Sección Primera de esta Audiencia nº 115/2021, por DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS AGRAVADO, seguido contra Juan Alberto , con NIE asignado NUM000 , titular de Ordinal de informática nº NUM001 , nacido en Boumerdes(Argelia) el NUM002 de 2001, hijo de Artemio e Belen , sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, cuya solvencia no consta, representado por el Procurador D. Francisco Javier Delgado Truyols y defendido por el Letrado D. Sergio López Garau. Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en ejercicio de la acción pública, representado por la Ilma. Sra. Dña. Adela Jiménez Villarejo. Ha sido Magistrada ponente, que expresa el parecer de este Tribunal, la Ilma. Sra. Dña. Rocío Martín Hernández.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El presente procedimiento abreviado fue incoado por atestado nº NUM003 de la UCRIF de Palma de Mallorca, Unidad contra redes de inmigración ilegal, Grupo 1, poniendo a disposición del Juzgado de guardia de Palma de Mallorca, en calidad de detenido a Juan Alberto por un presunto delito de favorecimiento de inmigración ilegal. Investigados judicialmente en diligencias previas nº 1186/2021 por el Juzgado de Instrucción número 7 de Palma de Mallorca, el día 27 de agosto de 2021 recayó auto ordenando la continuación de la tramitación de las diligencias previas como procedimiento abreviado. Posteriormente,



tras la presentación de escrito de conclusiones provisionales por la acusación, en fecha 14 de septiembre de 2021, se dictó auto de apertura de juicio oral del que se dio traslado al acusado quien presentó escrito de conclusiones provisionales. Finalmente, remitidas las actuaciones a esta Sala se convocó juicio oral que ha sido celebrado el día 10 de febrero de 2022, con el resultado que consta en el correspondiente soporte audio visual.

**SEGUNDO.-** El Ministerio Fiscal, elevando sus conclusiones provisionales a definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, previsto y penado en el artículo 318bis, párrafos 1º y 3º del Código Penal párrafo segundo, del que consideró autor al acusado, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la pena de CINCO (5) AÑOS DE PRISION, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas.

**TERCERO.-** La defensa del acusado, en el mismo trámite, solicitó la libre absolución.

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** Probado y así se declara que sobre las 11:10 horas del día 14 de agosto de 2021, una pequeña embarcación tipo "patera" procedente de Argelia con al menos diecisiete pasajeros a bordo de la misma nacionalidad, indocumentados, entre los que se encontraba Juan Alberto, se adentró en las costas españolas, por puesto fronterizo no habilitado sin cumplir con la normativa vigente en España sobre inmigración y control de fronteras, e incurriendo en la infracción que contempla el artículo 54.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, de 11 de enero, consiguiendo que desembarcaran los ocupantes de la embarcación en la playa de Cala del Mago de Calviá(Mallorca-Baleares).

No queda acreditado que, en el momento del desembarco de los tripulantes, el acusado pilotara la embarcación.

Una vez desembarcados los ocupantes, el acusado se quedó en el interior de la embarcación y la pilotó retirándola del lugar, sin que haya quedado acreditado que la dejara él en otra playa cercana y la abandonara, o fuera otra persona quien lo hizo. El acusado desembarcó cerca de la Cala Bella Dona, siendo posteriormente interceptado por los Agentes actuantes. No han quedado acreditados los motivos por los que el acusado fue quien retiró la embarcación del lugar de la costa donde se produjo el desembarco.

No ha quedado cumplidamente acreditado que Juan Alberto fuera el patrón de la embarcación o si colaboró de algún modo con quien pudiera realizar tal función, para que los demás súbditos foráneos e incluso él mismo, consiguieran ese mismo objetivo de una u otra forma, más allá de que dirigiera el motor de la embarcación para retirarla del lugar del desembarco, antes de ser interceptado por los Agentes actuantes.

La travesía desde Argelia, de dos días de duración, se realizó en embarcación precaria de pequeñas dimensiones dotada un sólo motor no apta para dicho desplazamiento, sobrepasando en exceso el número de ocupantes viable conforme a su tamaño, sin ningún tipo de medida de seguridad para los pasajeros ni ayuda alguna para la navegación, con el consiguiente riesgo de naufragio y puesta en peligro de la vida de los tripulantes.

No ha quedado cumplidamente acreditado que el acusado forme parte de una organización con sede en Argelia dedicada a la realización de viajes preparados para el transporte y entrada irregular de ciudadanos argelinos en territorio nacional, a quienes cobran por viaje la cantidad de 200.000 dinares argelinos (1.250 euros).

**SEGUNDO.-** A Juan Alberto se le asignó el NIE NUM000, siendo titular de Ordinal de informática nº NUM001, nacido en Boumerdes(Argelia) el NUM002 de 2001, hijo de Artemio e Belen, no le constan antecedentes penales, y estuvo privado de libertad por esta causa desde el 16 de agosto de 2021 hasta el 10 de febrero de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Esta Sala, valorando en su conjunto y en el modo ordenado por la LECRIM las pruebas practicadas en el acto del Juicio Oral, no ha obtenido razonablemente la convicción de que los hechos contenidos en el escrito de acusación se hayan producido como se relatan. Y ello atendiendo a que del resultado de la prueba practicada es posible tanto la tesis acusatoria como la tesis defensiva. Y todo ello, sin perjuicio de haber sido practicada conforme a los principios de inmediación, oralidad, contradicción y defensa resultando, con ello, procesalmente válida para el fin que se pretendía por dicha acusación.



La presunción de inocencia que corresponde a todo acusado de una infracción punible aparece configurada como uno de los derechos fundamentales donde se sustenta la efectividad de la tutela judicial ( art. 24.1 y 2 de la Constitución Española) y aparece, asimismo, como una garantía esencial en otros Convenios a cuya luz debe ser interpretado tal derecho constitucional, por imponerlo así el artículo 10.2 de la propia Constitución, tratados internacionales como el de Derechos Humanos de Roma de 1950 y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. La lectura de los citados tratados pone de manifiesto que el principio más arriba anunciado sintéticamente ofrece una mayor complejidad si se observa que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (artículos 6.1 y 2 del Convenio de 1950). Consiste pues, en la imposibilidad de condenar a nadie sin una prueba de cargo suficiente y que, desde una perspectiva exclusivamente procesal, desplaza la carga de la prueba, "onus probandi", a quien acusa sin que el imputado haya de probar su inocencia. La doctrina Constitucional, desde la sentencia ( STC 31/1991), ha ido perfilando las características que lo definen como derecho fundamental de aplicación inmediata y aquellas otras de que han de estar revestidos los elementos de juicio utilizables para destruir tal presunción. En primer lugar, y en su aspecto cuantitativo, ha de existir una actividad probatoria mínima ( STC 31/1981), o más bien suficiente ( STC 160/1988 entre otras). Cualitativamente, en segundo lugar, los medios de prueba han de tener un signo o sentido incriminador respecto de la participación del acusado en el hecho, siendo por tanto de cargo ( STC 150/1989) y han de merecer esa calificación por ser constitucionalmente legítimos ( STC 109/1986). El lugar y tiempo apropiados, siendo estos la sede del juicio oral para permitir la contradicción y cumplir de ese modo con el principio de contradicción procesal. De dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio de derecho de defensa o la posibilidad de contradicción.

**SEGUNDO.-** El deber de motivación que a la presente sentencia que impone el artículo 120.3 de la Constitución Española, el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, exigen que este Tribunal exponga con el detalle necesario cómo ha llegado a la conclusión anunciada y las razones por las que no se ha acomodado completamente a ninguna de las tesis de lo ocurrido que propusieron las partes en sus calificaciones. Para una mejor comprensión de la labor de análisis del acervo acreditativo que lo justifica tienen que tratarse por separado los siguientes puntos:

-En relación al viaje, el propio acusado ha reconocido que provenían de Argelia y que éste duró dos días. Que no recordaba las fechas pero sí llegaron a la costa mallorquina y desembarcaron todos los ocupantes, sin determinar el número exacto.

En este mismo sentido declaró el Inspector de Policía Nacional NUM004 , y el Subinspector de Policía Nacional NUM005 , en relación con el operativo que montaron tras recibir el aviso de llegada ilegal de inmigrantes a la zona de la Playa del Mago (Calviá) por parte de la Guardia Civil, y que interceptaron un total de 17 inmigrantes, incluido el acusado.

Por su parte, el Guardia con TIP NUM006 , relató que el 14 de agosto un compañero fuera de servicio pudo avistar la llegada de lo que parecía una patera a la mencionada costa de Cala del Mago y les avisó. Que fueron a dicho lugar, montando un operativo por varios sitios de la zona, siendo que pudieron interceptar a 17 personas inmigrantes. Que lo anterior lo llevaron a cabo durante una hora u hora y media y dos horas. Aclaró que las 16 personas no fueron interceptadas todas a la vez, sino en una batida, en grupos reducidos a lo largo de la zona. Que el que llevaba la embarcación y no se apeó de ella, fue interceptado en Cala Bella Dona, pero desconocía el lugar exacto, pues él intervino en Cala del Mago.

Por su parte, el Sargento de Guardia Civil con TIP NUM007 , manifestó que estaba de servicio ese día y un compañero fuera de servicio les avisó. Por ello, acudieron al lugar y hallaron la patera. Que ya habían bajado los ocupantes de la patera menos un chico que estaba en la embarcación. Que alguno corrió hacia la montaña y el de la embarcación se dirigió a otra Cala, para evitar el control policial, por lo que ordenó a la policía local de Calviá y a otros dos grupos que fueran, no recordando exactamente el resultado, remitiéndose al atestado.

Contamos con dos VIDEOS aportados por la Acusación respecto de los que han sido interrogados los Agentes actuantes, siendo el denominado como VIDEO 1 el que contiene el momento del desembarco de la patera y de las personas que iban en su interior, así como que, el hoy acusado, se marcha del lugar pilotando la embarcación con gran soltura, solo, sin nadie más a bordo.

En el denominado VIDEO 2, puede observarse como hay tres personas, una de ellas el hoy acusado, pero, en este vídeo, no pilota la embarcación, sino que lo hace otro individuo que no ha sido identificado.

Finalmente, en este concreto hecho, la travesía también queda documentada en el VIDEO aportado por la defensa, donde pueden observarse un numero indefinido (no es posible contar a todos los tripulantes ni en las imágenes ni en las fotografías que se han aportado de dicho vídeo) de personas, entre las que se halla el ahora



acusado. Pero, además, el Inspector de Policía Nacional, exhibido dicho vídeo, afirmó que podía reconocer a alguno de los tripulantes, respecto de los que luego fueron interceptados.

De lo anterior, queda cumplidamente acreditado tanto el viaje, como el modo en que desembarcan las personas que iban en dicha embarcación, inmigrantes sin documentación como expusieron los Agentes actuantes y que han depuesto en el acto del juicio oral, habiendo desembarcado en lugar fronterizo no habilitado para ello y sin cumplir con la normativa a tal fin.

-En relación con la propia embarcación y la travesía, tanto el Inspector de Policía Nacional como el Subinspector y los Guardias Civiles que han sido interrogados en el acto del juicio oral, así como del visionado de los dos vídeos antes mencionados, puede observarse que ninguno de los tripulantes lleva ningún tipo de protección para la navegación, como chalecos salvavidas; la embarcación cuenta con un solo motor, lo que es altamente peligroso toda vez que, como explicaron los mencionados integrantes de los CFSE en el caso de fallar, la embarcación quedaría a la deriva, con el consiguiente peligro para dichos tripulantes y sus propias vidas. Las dimensiones de la embarcación, desde luego, no permiten llevar a bordo a las 17 personas que fueron interceptadas (sin que pueda descartarse que fueran más), pues es otro elemento de riesgo en la travesía que, sin duda, pone en peligro a los tripulantes. También puede observarse en el vídeo aportado por la defensa y las fotografías, que portaban bidones azules, lo que, puesto en relación con la existencia de un solo motor, sin duda eran para repostaje, con el consiguiente peso y el propio peligro que ya el combustible entraña en sí mismo. Todo lo anterior hace que la Sala adquiera plena convicción sobre el peligro para la vida y/o integridad de las personas que navegaban en la embarcación, realizaron la travesía y arribaron a Cala del Mago.

-Sin embargo, la Sala no puede formar convicción plena, sin duda alguna, en relación a que el hoy acusado fuera el patrón de dicha embarcación, y ello por lo que ahora exponemos.

Al respecto, los testigos de Policía Nacional y de Guardia Civil a los que ya hemos hecho mención, en esencia, concluyen que el ahora acusado era el patrón del barco en virtud de la declaración del testigo protegido nº NUM008, integrante de la embarcación, junto con el hecho de que en el vídeo 1, el ahora acusado es quien se lleva la embarcación de la costa, solo, y la abandona en otra Cala (este hecho concreto no se observa en vídeo alguno), y es interceptado también solo. Y, en el vídeo 2 (en el que salen 3 personas), aparecería otra persona pilotando la embarcación porque el acusado tenía que cambiarse de ropa para eludir a las fuerzas policiales, como les manifestó el testigo protegido. Al respecto, los Policías Nacionales que recibieron declaración al testigo protegido, números NUM009 y NUM010, manifestaron que "los pateristas" no querían hablar pero que uno de ellos sí quiso declarar. Así, el Policía NUM009 explicó que este chico tenía mucho miedo, que no quería que nadie se enterase que era él quien iba a hablar, por lo que le dieron la condición de testigo protegido. Que, el testigo, les relató que la travesía había durado 2 días y que él había pagado por ésta unos 1.200 euros. Que, durante la travesía, tuvo miedo por el oleaje y que no tenía salvavidas. Que este testigo marcó al ahora acusado en el Anexo 1 (atestado) como la persona que era el patrón de la embarcación y que fue quien arrancó dicha embarcación en Argelia y la condujo hasta Mallorca. Este Policía también explicó que el testigo le dijo que tuvo que coger la embarcación porque ésta se descontroló y el acusado tenía que cambiarse de ropa para que la policía no le reconociera, afirmando dicho Policía que era el Vídeo 2 (en el que salen 3 personas, aunque se le preguntó por el vídeo 1) al que se refería el testigo, aunque éste no vio el vídeo, sino que contó que el patrón se cambiaba de ropa. Reiteró que dicho testigo tenía mucho miedo por él y por sus familiares, desconociendo si, en la actualidad, tenía miedo o no. La Policía NUM010, explicó, al igual que su compañero, que se entrevistaron en la Comisaría de Manacor con "los pateristas" por si alguno quería colaborar y sólo uno quiso. Que éste manifestó tener miedo, estaba intranquilo. Que les contó que había pagado 1.200-1.300 euros por la travesía, explicando que, en su país, les captaban por las puertas (puerta a puerta) de los barrios. Que el patrón, en la playa (en Argelia), era quien les metía en la embarcación y dicho patrón era el último en subir, siendo quien arrancó el motor y pilotó. También les dijo este testigo que temió por su vida porque no tenían chalecos salvavidas. Igualmente les manifestó el miedo a represalias tanto a él como a su familia, para el caso de que se supiese que era él quien había colaborado. Ninguno de estos policías pudo reconocer, en las imágenes que se les exhibieron, si la persona que aparece en el vídeo aportado por la defensa, pilotando (con gorra verde y gafas), era el testigo protegido que interrogaron.

Expuesta la testifical de referencia, debemos recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre del 2004 tras recordar la doctrina sustentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/89 señala que *"la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la Jurisdicción Penal puedan tener en consideración en orden a fundar su condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia. Producida la prueba corresponderá a la libre valoración de los Tribunales la determinación de su convicción o credibilidad, pues en el fondo su problemática no es distinta a las demás pruebas"*, y se plantea los casos en que ese testimonio indirecto puede resultar suficiente por sí sólo para desvirtuar la presunción de inocencia. En tal sentido, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo





( Sentencia del Tribunal Constitucional 303/93 y las Sentencias del Tribunal Supremo 21/4/95 o 17/2/96, entre otras) sientan con carácter general que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada a juicio oral. Concurriendo las circunstancias anteriores el testigo de referencia puede válidamente constituir prueba de cargo suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia y fundar una sentencia condenatoria, mientras que en aquellos supuestos en que no concurren las circunstancias mencionadas será una prueba más a valorar por el Tribunal junto con las demás que se hayan producido en el acto del juicio oral, pero por sí sola no será suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia ( S.S.T.S., entre otras, 1375/00 o 1407/03)".

El paradero del testigo protegido es desconocido (respecto del cual el Inspector de Policía Nacional que ha depuesto en el juicio manifestó que les constaba que había intentado entrar en Francia pero los gendarmes se lo impidieron). Sin embargo, en nuestro caso, esta testifical de referencia de los Policías Nacionales no es suficiente, por sí sola, para alcanzar una plena convicción de que el hoy acusado era el patrón del barco.

El acusado ha declarado que él no era el patrón del barco, explicando que él también pagó por la travesía unos 700 euros. Que él sólo hacía lo que le decía el patrón, refiriéndose a éste como la persona que aparece en las fotografías aportadas por su defensa con gorra verde, sudadera azul, y a manos del timón del motor de la embarcación. Negó ser él quien pilotaba en el momento exacto de llegar a la costa de Cala del Mago, afirmando que conducía el patrón y él estaba a su lado. Respecto al momento en el que en el vídeo puede verse cómo el acusado se lleva la embarcación, explicó que el patrón se lo dijo y él sólo hizo lo que le ordenaron, aclarando, respecto a lo dicho en sede sumarial (que sacó la embarcación porque era una playa privada y ahora dice que no era ese el motivo) que, cuando la embarcación ya estaba vacía el patrón le dijo que la sacara de allí y luego, el patrón le avisó nuevamente que volviera a recogerle, y fue el patrón quien se la llevó y la aparcó en otro lugar. Fue preguntado por esta manifestación puesta en relación con el vídeo en el que sólo se le ve a él, respondiendo, nuevamente, que le dijo el patrón que la sacara de allí, que la alejara para que la policía no la viera. Nuevamente se le preguntó por qué no dijo nada de esto en sede sumarial, respondiendo que tenía miedo y que el patrón le dijo que no contara nada, siendo que al resto de sus compatriotas "les soltaron". Preguntado por qué a él le detienen solo si afirma que la embarcación de la lleva el patrón (con él y otro), dijo que desconocía dónde habían detenido al patrón. A preguntas de su defensa, aclaró que el patrón era una persona a la que llamaban Valentín y fue a él a quien el acusado le pagó el viaje. Respecto del vídeo aportado por la defensa, en el que salen tres personas, siendo uno de ellos el propio acusado, explicó, nuevamente, que era del mismo día que llegaron a la costa y que es posterior al momento de desembarcar el resto de los tripulantes. La secuencia, sería, según su versión: desembarco, el acusado se lleva la embarcación, y luego el patrón y otro le indican (con la mano) que vuelva a por ellos, vuelve, y ya coge los mandos de la embarcación el patrón (esta es la explicación que da al vídeo en el que salen el acusado y dos personas más). Continuó explicando que él se bajó de la embarcación en un lugar y el otro compatriota en otro lugar y, finalmente, el patrón fue el último en bajar y los tres bajaron en distintos sitios. Continuó explicando que él quería quedarse en España, que pagó por ello, y desconocía si la embarcación tenía combustible para volver a Argelia. Afirmó que fue Valentín quien condujo durante la travesía, que era él el patrón, el de la gorra verde con gafas, y que en el vídeo donde salen los tres, no pilota porque se cambiara de ropa.

Puesta su declaración en relación con las imágenes de los vídeos a los que nos hemos referido, resulta que, ciertamente al llegar la embarcación a la costa, no puede observarse si es el acusado quien pilota en ese momento, pues no se distingue. El Guardia Civil con TIP NUM006 manifestó que los inmigrantes no fueron todos interceptados a la vez, sino que lo fueron tras una batida, en grupos reducidos de personas. Esta afirmación, puesta en relación a lo que ha dicho el acusado de que las personas que aparecen con él en el vídeo de tres personas, cada uno desembarcó en un punto, no permite afirmar que todos fueran interceptados en la Cala del Mago, sino en distintos puntos de la zona, por lo que no puede descartarse que la persona que el acusado afirma como patrón, lo fuera. Además, como han manifestado los Policías que interrogaron al testigo protegido, éste les manifestó que cogió los mandos de la embarcación cuando el ahora acusado tenía que cambiarse de ropa; afirmación que el acusado niega, pero que, viendo el vídeo en el que aparecen esas tres personas, tanto la versión dada por el testigo protegido como la dada por el acusado, es posible. Los Agentes actuantes, y la acusación, afirman que ese vídeo en el que salen tres personas, es anterior al momento del desembarco de los tripulantes. Sin embargo, esta Sala no alcanza a comprender tal afirmación, pues si es anterior al desembarco ¿ dónde están el resto de los tripulantes?. Ese vídeo puede interpretarse tanto con la versión dada por los testigos de referencia como por la versión dada por el acusado, es decir, que el acusado fuera el patrón o que quien pilota en ese vídeo sea el patrón y no el acusado. Y, a lo anterior, ha de añadirse que en las fotografías aportadas por la defensa, así como en el vídeo también aportado por la defensa, puede observarse cómo no es el acusado quien pilota la embarcación, siendo ésta la que arribó a la costa mallorquina, pues el Inspector de Policía Nacional ha afirmado reconocer a algunos de los tripulantes



que salen en dichos soportes como alguno de los inmigrantes interceptados. Únicamente se ve al acusado pilotar la embarcación en el momento de retirarla de la costa inmediatamente después del desembarco. En ningún otro momento puede afirmarse que fuera él quien pilotara. Además, habiendo manifestado el testigo protegido a los Policías que tuvo que coger los mandos de la embarcación para que el acusado se cambiara de ropa, se correspondería con el momento en el que se ven tres personas en el vídeo tantas veces mencionado, en el que el acusado no pilota. Por tanto, también en este extremo la versión del acusado es posible (que le llamaron para recoger a quien afirma él que es el patrón y a un tercero) como lo manifestado por el testigo (que tuvo que coger la embarcación para que se cambiara el acusado de ropa, aunque ciertamente no se le ve cambiarse, sino sólo en ropa interior).

Finalmente, el acusado, en el uso de la última palabra, manifestó que el testigo protegido era quien tenía brújula, GPS y es el único que ha declarado contra él para eludir su propia responsabilidad pues era el patrón. Que, de esta manera, ganaba tiempo para escaparse y desaparecer. Afirmación que no puede ser descartada teniendo en cuenta el ignorado paradero de dicho testigo y que el Inspector de Policía ha constatado que intentó entrar en Francia.

Lo anterior conduce a que existan serias dudas sobre la realidad de la autoría del acusado en los hechos que se le atribuyen en el escrito de acusación, a pesar de que muestre destreza en el pilotaje de la embarcación, por todo lo hasta aquí expuesto.

-En relación a que el hoy acusado forme parte de una organización que tiene por finalidad traer inmigrantes a España, únicamente contamos con los testimonios de los Agentes actuantes, que han expuesto el "modus operandi" de estas organizaciones, pero se carece de prueba alguna al respecto, no sólo de que en este caso concreto haya sido una organización quien organizara el viaje, sino que el acusado pueda pertenecer a una de ellas y haya obtenido algún beneficio de cualquier tipo por ello.

- A Juan Alberto se le asignó el NIE NUM000, siendo titular de Ordinal de informática nº NUM001, nacido en Boumerdes (Argelia) el NUM002 de 2001, hijo de Artemio e Belen, no le constan antecedentes penales, y estuvo privado de libertad por esta causa desde el 16 de agosto de 2021 hasta el 10 de febrero de 2022, lo que queda acreditado documentalmente en el ac. 1, ac. 11 (HHP) y ac. 13 más Auto de libertad de esta Sala.

**TERCERO.-** El artículo 318 bis.1 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) castiga 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... ". En él se fundó la acusación del Ministerio Fiscal en una primera aproximación. Se configura como una norma penal en blanco, en tanto que uno de sus elementos objetivos no se define por sí mismo en dicho precepto, sino mediante el reenvío a otros cuerpos legales, en concreto a la normativa de extranjería, que tiene que ser vulnerada por la conducta de ayuda a la entrada o tránsito por el país para cometerse.

Como es fácil imaginar, dicho delito está llamado a tener por sujeto activo, principalmente, a españoles o extranjeros que puedan entrar o residir en territorio nacional lícitamente o que, no estando habilitados para ello, no tengan intención en absoluto de acceder al mismo, regresando a su punto de partida. Esto último es mucho más frecuente, lógicamente, en determinados puntos de la geografía que lo propician por permitirlo su cercanía a países con una población eminentemente emigrante o que pueden servir de trampolín a movimientos migratorios.

Sin embargo, en la actualidad se producen situaciones completamente diferentes, como son aquellas en que, ciudadanos extranjeros que, además de pretender entrar en España fuera de los cauces legales, auxilian a otros a lograrlo. El tratarse de un inmigrante más no impide que se entienda cometido el delito. El Tribunal Supremo asumió esa misma posición en innumerables resoluciones, como las de fecha 27/06/2005 (RJ 2005, 9402), 22/09/2005 (RJ 2005, 6833) o 14/12/2005 (RJ 2006, 519) en tales casos, matizando en sentencias más recientes como las de fecha 20/10/2015 (RJ 2015, 5139), 10/06/2016 (RJ 2016, 2783) o 05/10/2017 (RJ 2017, 4649), ni antes de la ley orgánica 1/2015 (RCL 2015, 439) ni ahora puede sostenerse tal posición sin desbordar por completo el ámbito de protección del artículo 318 bis. Desde el prisma del principio de intervención mínima no puede obviarse que la propia legislación administrativa prevé unas infracciones esencialmente asimilables, incluso más exigentes en algunos casos, al supuesto de hecho que prevé el delito que nos ocupa.

En el presente supuesto, se dan los elementos objetivos del tipo penal por el que se formula acusación, como se desprende de los hechos declarados probados, y de la valoración probatoria expuesta en el Fundamento de Derecho anterior.

Sin embargo, y como también se desprende de ese mismo fundamento, no podemos concluir que el hoy acusado sea el sujeto activo del mencionado delito. Como recuerda la STS 1018/2013, de 17 de diciembre: "



(...)Por lo que se refiere al principio *in dubio pro reo* la doctrina científica y jurisprudencial de esta Sala le concede una doble dimensión:

a) Normativa, que impone a los Jueces y Tribunales aplicar la norma susceptible de varios significados, de la forma más favorable al imputado, y

b) Procesal/valorativa, que impone a los Jueces que cuando tras la valoración crítica de la prueba no alcancen el axiomático juicio de certeza, "más allá de toda duda razonable" que constituye el canon exigible en todo pronunciamiento condenatorio deben escoger la tesis absolutoria, o si la duda es entre dos pronunciamientos condenatorios, aquel que sea menos gravoso. – STS 273/2013 (RJ 2013, 2504) ; ATS de 3 de Junio de 2004 (JUR 2004, 263873), entre otros--.

El recurrente en este motivo se refiere a la aplicación del principio *in dubio pro reo* en su vertiente procesal/valorativa. Pues bien tal principio se vulnera cuando el Tribunal sentenciador patentiza dudas ante el resultado de la valoración de todas las pruebas, sobre la existencia de un ilícito penal o sobre **la responsabilidad en el mismo de la persona concernida**, y no obstante, condena.(...)"

El *in dubio pro reo*, surtirá efectos propios para determinar el pronunciamiento absolutorio cuando, a pesar de practicarse una prueba respetuosa con su forma debida de integración, la misma no tenga virtualidad para llevar al convencimiento acerca de la comisión del delito, de la concurrencia de cada uno de sus elementos definitorios o **acaso de la autoría**.

En el caso que nos ocupa, no habiéndose acreditado más allá de que el acusado haya pilotado la embarcación para retirarla(que no pilotarla toda la travesía, ni tan siquiera en el momento del desembarco) de Cala del Mago, con la que se llegó a territorio nacional con los inmigrantes que posteriormente fueron interceptados, pudiendo, por tanto, ser un inmigrante más, con ello no se colman las exigencias de ser el sujeto activo del delito del artículo 318 bis del Código Penal a la luz de lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, por lo que procede, la libre absolución del acusado en virtud de los artículos 142 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

CUARTO.- Por aplicación lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 239 y siguientes de la LECrim, conforme a los cuales las costas procesales se entienden impuestas por ministerio de la ley a los criminalmente responsables de todo delito, por lo que siendo absuelto el acusado, procede declarar las costas de oficio.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al supuesto de hecho

## FALLAMOS

Que debemos ABSOLVER A Juan Alberto del delito CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS AGRAVADO, por el que venía acusado en la presente causa, declarando de oficio las costas del procedimiento.

Una vez firme la presente, procédase al alzamiento de cuantas medidas cautelares no se vean afectadas por la presente resolución y no hubieren sido ya alzadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndolas que la misma no es firme y contra ella podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, recurso que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la notificación.

Llévese testimonio de la presente resolución a los autos principales.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada lo fue la anterior sentencia, en el día de su fecha, estando, celebrando audiencia pública, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que en la misma se expresa, de lo que yo, el Secretario, doy fe.-