



Roj: **STS 1428/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1428**

Id Cendoj: **28079120012023100251**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/04/2023**

Nº de Recurso: **883/2020**

Nº de Resolución: **253/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 253/2023

Fecha de sentencia: 12/04/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 883/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/03/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Málaga

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 883/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 253/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D.^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 12 de abril de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación num 883/20 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por D. Calixto , representado por la procuradora D^a. Susana Serrano de Prado, bajo la dirección letrada de D. Sergio Serrano Ruiz; por D. Cesareo representado por D^a María Bellón Marín bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Macías Martín; por D. Cristobal representado por el procurador D. Celso de la Cruz Ortega bajo la dirección letrada de D. Guillermo Jiménez Gámez; por D^a Eugenia representada por la procuradora D^a Isabel Diaz Solano bajo la dirección letrada de D^a Cecilia Pérez Raya; y por D^a Filomena representada por el procurador D. Celso de la Cruz Ortega bajo la dirección letrada de D. Guillermo Jiménez Gámez contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sec. 8^a, Rollo 1014/2013) de fecha 28 de junio de 2019. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 4 de Málaga incoó sumario num. 1/2010, por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga (Sec. 8^a, rollo 1014/13), que con fecha 28 de junio de 2019, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOSPROBADOS**: "Del conjunto de pruebas practicada y obrante en autos, apreciada en conciencia, se establece como probado y así se declara, que en Septiembre de 2007, se inició una investigación por Agentes de Policía Nacional adscritos a la U.C.R.I.F. a raíz de lo manifestado por una persona de origen ucraniano que se encontraba ingresada en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Málaga para ser expulsada a su país, y de los datos por ésta proporcionados, en la que a virtud de información que iba obteniendo con las intervenciones telefónicas autorizadas judicialmente, pudieron determinar la existencia de una Red ó Asociación organizada en Ucrania, que se estaba dedicando al transporte , ilegal de ciudadanos ucranianos que se la denominaba "La Central", cuya base de operaciones y captación se encontraba en DIRECCION027 , DIRECCION028 y DIRECCION029 , ciudades ucranianas desde las que se transportaba hasta distintos países de Europa (Italia, Portugal, España ...etc.) a ciudadanos ucranianos que lo solicitaban, constituyendo la ciudad de DIRECCION000 una base de tránsito hacia los destinos definitivos de dichas personas.

En la citada actividad, tenían intervención varias Agencias de Viajes as en Ucrania, como DIRECCION001 , DIRECCION002 , DIRECCION003 , DIRECCION004 , DIRECCION005 , DIRECCION006 , DIRECCION007 , DIRECCION008 , DIRECCION009 , DIRECCION010 ...etc., pasquines de publicidad que a veces aparecían pegados en las farolas de la ciudad, así como se desplegaba la actividad con multitud de individuos que constituían los eslabones iniciales e intermedios de la trama, tectos por los Agentes de Policía, hasta 21 personas, que pese a mencionarseles en la acusación, no han sido habidos, y, por lo tanto no les esta resolución.

En el contexto de esta Organización ó Red organizada en Ucrania, tenían una participación muy activa, contactando con miembros de la misma para determinar sobre todo la cantidad ó cantidades que finalmente se debían cobrar a los transportados, varios de los acusados que se sitúan en el eslabón final de la cadena, siendo este el caso de los acusados Calixto , Cesareo , Cristobal , y Nazario , quienes, tras desarrollar un persistente contacto con miembros de la Red como queda dicho, acaban colocando a las personas transportadas en los destinos que les indicaban, una vez comprobaban que habían abonado las sumas que se les exigían, que se situaban entre 2.000 y 2.500 €, y a veces incluso acababan pagando más, actitud esta de persistencia y actividad que no concurre en los acusados Porfirio y Rodolfo que, llevaron a cabo algún trasporte de alguna persona a sabiendas de sus situaciónn ilegal, pero sin conexión con la organización ni por pertenencia a la misma, y solo de manera puntual y ocasional, hechos sobre los que Porfirio y Rodolfo prestaron su conformidad en todo caso.

Calixto , mayor de edad y sin antecedentes penales, conocido en la Organización con el alias de " Perico ", y siendo identificado por los Agentes de Policía que le investigaban como " Calixto de DIRECCION011 ", o " Calixto de DIRECCION012 ", el 4 de Noviembre de 2008, sobre las 5'00 horas de la madrugada y en la PLAZA000 de Málaga, tras haberse concertado por medio del terminal telefónico que poseía N^o NUM000 , con los miembros de la Organización convenientes al efecto, recogió a la ciudadana ucraniana Leonor , que había sido llevada a ese lugar por dos miembros de la organización, en operación que fué coordinada por el también acusado Cesareo valiéndose del terminal telefónico NUM001 , intervenida policialmente al igual que la de Calixto .

Leonor , habría sido transportada hasta la Plaza mencionada en Furgoneta Mercedes, blanca, matrícula JL-....-ED que conducía uno de los conductores a quien no afecta esta resolución, y recogida por Calixto quien a bordo del vehículo Ford Transit matrícula-JCQ , de su propiedad, la llevó hasta la C/ DIRECCION013 N^o NUM002 de DIRECCION012 , próxima al domicilio del propio Calixto , siendo recibida Leonor por su tía Tomasa (ó María Dolores , a la cual también había transportado hasta dicho domicilio, el propio Calixto , a



quien Tomasa pagó la suma de 80 €, si bien con anterioridad Leonor había abonado al conductor al menos 1.680 € que Tomasa había proporcionado antes a su sobrina. Además de ser coordinador del transporte de Leonor hasta Málaga en el lugar reseñado, en vehículo conducido por su hermano, el Acusado Cesareo, mayor de edad y sin antecedentes penales, en los meses de Septiembre y Octubre de 2008, desarrolla una intensa actividad dentro de la Organización, contactando a través de su terminal telefónico NUM001 con multitud de individuos vinculados directamente con la Organización, para tramitar la gestión de los pasajeros y materializar los transportes de los mismos, todo ello manteniendo contacto directo con los "gestores" encargados de la captación pasajeros en su país de origen, cuyo ulterior destino era la estancia de los mismos en territorio Europeo, una vez expiraba la duración de los visados correspondientes.

El acusado Cristobal, mayor de edad y sin antecedentes penales, titular de los terminales telefónicos NUM003, NUM004 y NUM005, intervenidos policialmente con el respaldo judicial oportuno, desarrolló en Abril, Mayo, Junio, Julio y Octubre de 2008 una importante comunicación con miembros de la organización, con la finalidad de hacerse cargo de los ucranianos que viajaban a España proporcionándoles la ayuda necesaria hasta su llegada al destino final que estos solicitaban, percibiendo por ello cantidades de dinero, habiendo contactado con Agapito, Almudena, Bienvenido, Estanislao, Florencio, y otros a quienes no afecta esta resolución descendiendo en su actividad posteriormente, lo que no le impidió, como había hecho en Abril de 2008 usando entonces la furgoneta Mercedes NUM006, recoger el día 14 de Junio de 2008 en las inmediaciones del Centro Comercial DIRECCION014 de DIRECCION015, a la ciudadana ucraniana Angelina, para transportarla hasta el puerto de Valencia a fin de que tomara el barco a las 23'00 horas, que llevaría a Angelina hasta Palma de Mallorca, donde fue recogida por la también acusada Eugenia. Cristobal utilizó para el transporte de Angelina el vehículo Opel Vectra NUM007. Eugenia adelantó o prestó a Angelina el dinero que ésta debía abonar, constando ingresos en efectivo en la cuenta que Cecilio, hijo del acusado Cristobal, tenía abierta, los días 14-4-2008 y 16-6-2006, las sumas de 2.200 € y 2.350 respectivamente, cuenta N° NUM008 del BBVA de C/ DIRECCION016 NUM009 de DIRECCION017, Valencia.

El acusado Nazario, mayor de edad sin antecedentes penales, de nacionalidad Ucraniana, en el mes de Febrero de 2008, era titular y usuario del terminal telefónico NUM010, que estaba siendo intervenido policialmente con el respaldo y control judicial correspondiente, lo que permitió detectar que Angelina, el día 15 de Febrero de 2008 entró en España por la frontera de la DIRECCION018 en la furgoneta Mercedes matrícula NUM011, transportando a varias personas procedentes de Ucrania, entre ellas la que resultó Testigo Protegido n° NUM012, a la que dejó en Madrid desde Milán, proporcionándole un billete de autobús que la condujo hasta Málaga, donde arribó a las 17'15 horas del día 16 de Febrero de 2008, todo ello tras haber desembolsado aproximadamente unos 3.000 ó 3.500 €, a un tercero que le había indicado un tal Maximiliano ó " Jesús " con quien contactó en un primer momento, si bien, una vez la TP NUM012 se encontraba en Madrid, la TP NUM013, tía de la anterior, recibió llamada telefónica de un desconocido que le exigía la suma de 1.300 € cantidad ésta que también se le exigió a la TP NUM012. Igualmente, el acusado Nazario el día 8 de Abril de 2008, en unió de otro procesado a quien no afecta esta resolución, transportó hasta la Estación de Autobuses de DIRECCION019 de Madrid, procedente de DIRECCION000, a quien se ha venido identificando como Testigo Protegido NUM014 (TP NUM014), que previamente habría abonado una suma aproximada a los 2.000 € a persona no identificada, siendo acompañado por el acusado Nazario para adquirir un billete de Autobús que le llevaría a Málaga.

En la cantidad final que desembolsaban las personas transportadas desde Ucrania, al miembro ó miembros de la organización que se les indicaba, se incluía el precio por la obtención de un visado, legal en principio, de escasa validez temporal, con el que se aparentaba la realización de un viaje turístico a países como Polonia, Austria, Hungría...etc. Con la condición de ser zona Schengen, para proseguir después el viaje, a España u otros países en situación que vulneraba la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros, situación que los acusados Calixto, Cesareo, Cristobal, y Nazario, conocían.

La acusada Eugenia, mayor de edad y sin antecedentes penales, natural de Ucrania, al momento de los hechos, era pareja sentimental del acusado Juan Francisco, mayor de edad sin antecedentes penales, natural de Palma de Mallorca. Eugenia residía en Palma de Mallorca en el año 2005, donde tenía su domicilio en la C/ DIRECCION020, N° NUM015, habiendo acogido en dicho domicilio el día 15 de Junio de 2008 a la ciudadana ucraniana Angelina, amiga de Ucrania desde hace años sabedora Eugenia de las condiciones de ilegalidad e irregularidad en que Angelina había llegado, ayudándola a encontrar un trabajo, e incluso adelantándole ó prestándole una suma próxima de 2.500 €, que Angelina fué devolviéndole posteriormente con lo que obtenía con su trabajo de limpiadora o empleada de hogar que desarrollaba en el domicilio particular del acusado Clemente.

Asimismo, la acusada Eugenia, disponía de otra vivienda en C/ DIRECCION021 N° NUM016 de Palma de Mallorca, en el que ella ejercía la prostitución y hacía masajes, vivienda en la que residían alguna ó algunas



otras mujeres, sin que se haya acreditado la identidad de las mismas, ni que Eugenia las hubiera obligado en modo alguno a prostituirse, así como que se haya lucrado con la supuesta prostitución de terceras personas.

El acusado Juan Francisco, conoció a Eugenia cuando ésta ejercía la prostitución, iniciando una relación sentimental de pareja con ella, habiéndose prestado a acompañar a Eugenia en su vehículo, hasta el Aeropuerto de Palma de Mallorca el día 25 de Octubre de 2008, para recoger a dos chicas, que nunca llegaron.

No queda acreditado que el acusado Juan Francisco interviniera en la actividad de prostitución que Eugenia desarrollaba, ni que se lucrara con la prostitución de Eugenia ó de terceras personas, cuya identidad nunca llegó a determinarse.

Las acusadas Antonieta, mayor de edad y sin antecedentes penales, y Berta, mayor de edad y sin antecedentes penales, ambas de nacionalidad ucraniana, establecida en la provincia de Málaga desde hace años y regentando en 2008 los establecimientos comerciales denominados "Capricho" sitos en PASAJE000 de DIRECCION022, y en C/ DIRECCION023 NUM017 de DIRECCION024, a finales del mes de Noviembre de 2002, acogieron en una vivienda de la que disponían en Málaga, a la Testigo Protegida N° NUM013 (TP NUM013), pese a conocer que su llegada y permanencia en España había sido infringiendo la legislación sobre entrada y estancia en territorio nacional de personas no nacionales de país miembro de la Unión Europea, siendo Antonieta quien la esperaba a la llegada del autobús que condujo a la TP NUM013 hasta Málaga. Una vez en la vivienda, Antonieta y Berta movidas por ánimo de obtener un beneficio, le exigieron les entregara 150 dólares para abonar la estancia en el piso, el primer sueldo que cobrara si le encontraban trabajo, ofreciéndose a hacer gestiones con la Policía a cambio de 50 dólares, e incluso la Policía a cambio de 50 dólares, e incluso prestarle dinero que se lo tenía que devolver con un interés del 15%, o reteniéndoselo del primer sueldo que cobrara, advirtiéndola de que si no actuaba como le decían la tirarían por el balcón, y Antonieta la advertía de que la enviaría a ejercer la prostitución, hechos que la TP NUM013 puso en conocimiento de la Policía Nacional en comparecencia efectuada el día 12 de Marzo de 2008. No se ha acreditado que estas acusadas mantuvieran contactos telefónicos con miembros activos del grupo relativos al transporte de personas desde Ucrania, más allá de contactos con ciudadanos ucranianos en los establecimientos comerciales que ambas regentaban, y en referencia a paquetes de mercancía.

La acusada Filomena (Filomena), mayor de edad sin antecedentes penales, natural de Axerbayán, sin que conste que perteneciera a la organización reseñada actuaba de mutuo acuerdo con su el acusado Cristobal, acogiendo y ayudando a súbditos ucranianos que llegaban a España de manera ilegal, facilitando la inmigración ilegal de los mismos; aprovechándose de los rendimientos económicos que Cristobal se procuraba con su actividad.

El día 27 de Abril de 2008, los súbditos ucranianos Miriam, Juan Pedro y Estanislao fueron recogidos por el acusado Cristobal en su furgoneta Mercedes NUM006 y conducidos hasta el aeropuerto de Alicante, habiendo adquirido Miriam, Juan Pedro y Estanislao los billetes en la agencia de DIRECCION025 de la localidad de DIRECCION026 (Valencia) exhibiendo los tres ciudadanos ucranianos citados, sendos pasaportes en los que figuraban como titulares de los mismos, los ciudadanos rumanos Erasmo, Gaspar y Ignacio, sin que se haya acreditado la intervención que en dicha operación tuvo el acusado Cristobal, pues los citados pasaportes supuestos, fueron confeccionados por persona ó personas desconocidas, en Ucrania".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a los procesados Calixto, Cesareo, Luciano (Ó Cristobal, Nazario, Eugenia (Ó Patricia, Filomena, Porfirio y Rodolfo, como autores criminalmente responsables de un Delito contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros, del Art. 318 bis del C. P., con aplicación de los párr.3 y 6, en modo definido en esta resolución respecto de cada uno de ellos, concurriendo la circunstancia atenuante del Art. 21-6 del Cód. Penal, a las siguientes penas:

A) A Calixto, Cesareo, Luciano (Ó Cristobal, y a Nazario, pena de 2 años de Prisión, mas las accesorias legales de inhabilitación especial del Derecho de Sufragio pasivo, durante el tiempo de duración de la condena.

B) A Porfirio y Rodolfo, pena de 4 meses de prisión, más las accesorias legales de inhabilitación especial del Derecho Sufragio pasivo, durante el tiempo de duración de la condena.

C) A Eugenia (ó Patricia y a Filomena (Eva), pena de 6 meses de prisión a cada una, con las accesorias legales de inhabilitación especial para el Derecho de Sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

A todos los acusados se les condena a que abonen ocho treceavas partes de costas procesales proporcionalmente, y en todo caso se acuerda el comiso de los efectos intervenidos, dinero y vehículos si lo fueron, por causa del delito.



A los acusados referidos les será de abono para el cumplimiento de la pena el tiempo que hubieren estado privados de libertad por esta causa.

Asimismo, debemos absolver y absolvemos libremente a las acusadas Berta y Antonieta de los delitos por los que venían siendo acusadas por considerar la Sala que dichos delitos están prescritos; debemos absolver y absolvemos libremente a los acusados Juan Francisco e Eugenia del delito relativo a Prostitución de mayores de edad por el que venía siendo acusados, al no haber resultado acreditada con el rigor exigible, la comisión de dicho delito; y debemos absolver y absolvemos al acusado Luciano (O Luciano del delito continuado de falsedad en documento oficial, al no haber resultado acreditada la comisión del mismo.

Se declaran de oficio cinco treceavas (5/13) partes de costas procesales, alzándose y dejándose sin efecto las medidas de carácter personal ó económico que se hubieran adoptado respecto de los acusados absueltos, por los delitos por lo que lo han sido, siéndoles de abono a los acusados para las penas impuestas, el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa.

Notifíquese esta resolución a las partes interesadas haciéndoles saber que contra ella, cabe interponer recurso de casación".

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D. Calixto, D. Cesareo, D. Luciano, D^a Eugenia, D^a Filomena, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por D. Calixto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del artículo 5.4 de LOPJ, por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas recocidos en el artículo 18.3 de la CE.

2º.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a un procedimiento con las debidas garantías sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, artículo 24 CE.

3º.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, en relación con el artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, artículo 24.2 CE.

4º.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 852 de la LECRIM por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva artículo. 24.1 CE.

5º.- Al amparo de lo regulado en el artículo 849.1 de la LECRIM por indebida aplicación de los artículos artículo 318 bis 1 del CP.

6º.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM por indebida aplicación de los artículos artículo 318 bis 3 del CP, al no concurrir el subtipo agravado de pertenencia a organización criminal.

7º.- Al amparo de lo regulado en el artículo 849.1 de la LECRIM por indebida aplicación del artículo 21.6, y del artículo 66.2 del CP debiendo resultar la atenuante de dilaciones indebidas acogida como muy cualificada.

8º.- Al amparo del artículo 849.2º de la LECRIM por error en la apreciación de la prueba y de los documentos obrantes en las actuaciones.

El recurso interpuesto por D. Cesareo se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ por infracción al secreto de las comunicaciones y a un proceso con todas las garantías, sin que surtan efecto las pruebas que directa o indirectamente violan las libertades fundamentales. Artículo 11.1 LOPJ y 18.1 y 3 y 24.2 CE.

2º.- Al amparo del número 1º del artículo 849 LECRIM y artículo 5. 4º de la LOPJ, por infracción del artículo 24.2 de la CE, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

3º.- Al amparo del número 1º del artículo 849 LECRIM por aplicación indebida del artículo 318 bis 3 del CP al no concurrir subtipo agravado de pertenencia a organización criminal.

4º.- Al amparo del número 1º del art. 849 de la LECRIM por infracción legal del artículo 21.6 del CP al no apreciarse adecuadamente en sentencia la atenuante de dilaciones indebidas que debería haber sido aplicada como muy cualificada.

El recurso interpuesto por D. Luciano se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**



1º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues dados los hechos que se consideran probados en la fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia, se ha infringido, por su indebida aplicación el párrafo 1 del artículo 318 bis del CP.

2º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849-1º de la LECRIM, pues dados los hechos que se consideran probados en la fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia, se ha infringido, por su no aplicación la circunstancia atenuante de dilación indebidas del artículo 21, 6º y 66 del CP de 1995, como muy cualificada con la consiguiente reducción de la pena en un grado.

3º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la LOPJ y el artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, del artículo 24.2 de la CE.

El recurso interpuesto por D^a. Eugenia se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Al amparo del artículo 849-1º de la LECRIM, pues dados los hechos que se consideran probados en la fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia, se ha infringido, por su indebida aplicación el párr. 1 del Artículo 318 bis del CP.

2º.- Al amparo del artículo 849-1º de la LECRIM, pues dados los hechos que se consideran probados en la fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia, se ha infringido, por su no aplicación la circunstancia atenuante de dilación indebidas del artículo 21, 6º y 66 del CP de 1995, como muy cualificada con la consiguiente reducción de la pena en un grado.

3º.- Al amparo del artículo 849-1º de la LECRIM, pues dados los hechos que se consideran probados en la fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia, se ha infringido el artículo 127 del CP por su indebida aplicación.

4º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, del artículo 24.1 de la CE, con infracción del artículo 120.3 de la CE por falta de motivación.

5º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la LOPJ y el artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que como derecho fundamental reconoce el artículo 24.2 de la CE.

6º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la LOPJ y el artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, que como derecho fundamental reconoce el artículo 24.2 de la CE.

El recurso interpuesto por D^a. Filomena se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Al amparo de lo dispuesto en el nº 1 del artículo 849 de la LECRIM, pues dados los hechos que se consideran probados en la fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia, se ha infringido, por su indebida aplicación el párr. 1 del artículo 318 bis del CP.

2º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849-1º de LECRIM, pues dados los hechos que se consideran probados en la fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia, se ha infringido, por su no aplicación la circunstancia atenuante de dilación indebidas del artículo 21, 6º y 66 del CP de 1995, como muy cualificada con la consiguiente reducción de la pena en un grado.

3º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la LOPJ y el artículo 852 de la LECRIM, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, del artículo 24.2 de la CE.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, interesó la inadmisión y subsidiariamente su desestimación. La Sala admitió a trámite los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 29 de marzo de 2022. El mismo día, esta Sala dictó auto, acordando reclamar la causa a la Audiencia Provincial de Málaga y la suspensión del término ordinario para dictar sentencia hasta la recepción de la causa solicitada. Recibida la misma el día 7 de octubre de 2022, tras su examen, se reanudó un período de deliberación que ha concluido con el redactado de la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 28 de junio de 2019, recurren algunos de los condenados como autores de un delito contra los derechos de



los ciudadanos extranjeros previsto y penado en el artículo 318 bis, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas.

En síntesis, la sentencia declara probada la existencia de una red organizada que desde Ucrania se dedicaba al transporte ilegal de ciudadanos ucranianos hasta distintos países de Europa, habiendo fijado en la ciudad de Milán una base de tránsito hacia los destinos definitivos. En la cantidad final que desembolsaban las personas transportadas desde Ucrania se incluía el precio por la obtención de un visado de escasa validez temporal, con el que se aparentaba la realización de un viaje turístico a países como Polonia, Austria, Hungría, para una vez en zona Schengen, proseguir ruta a España u otros países, vulnerando de esta la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros. En el eslabón final de la red, ya en España, actuaban los acusados Calixto , Cesareo , Luciano , y Nazario , que se encargaban de colocar a las personas, y de cobrarles la suma que había sido pactada, que oscilaba entre los 2000 y los 2500 euros.

También se declaran probadas algunas actuaciones puntuales de ayuda al establecimiento en España de ciudadanos ucranianos por parte de las acusadas Eugenia y Filomena .

Contra la mencionada sentencia han presentado recurso de casación los condenados Calixto , Cesareo , Luciano , y las condenadas Eugenia y Filomena .

Recurso interpuesto por Calixto .

SEGUNDO.- Se plantea un primer motivo de recurso que invoca el artículo 5.4 LOPJ para denunciar la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18 CE, que provoca la nulidad de la prueba valorada por aplicación del artículo 11.5 LOPJ. Motivo que enlaza con el segundo de los formalizados, también en este caso por infracción de precepto constitucional, denunciando vulneración del artículo 24 CE en la vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías, por entender que la prueba que se ha tomado en consideración procede de unas intervenciones nulas. Motivos que, por su inescindible conexión, analizamos conjuntamente.

1. Se reclama la nulidad de la intervenciones telefónicas autorizadas en las actuaciones y fuente de la prueba obtenida, porque sostiene el recurso que se tratan de una intervenciones prospectivas, por no incorporar los escritos de solicitud de 24 de Septiembre de 2007 y de 26 de Septiembre de 2007 que sustentan la autorización judicial originaria, una investigación policial que permitiera objetivar los datos incriminatorios aportados por la testigo protegida identificada como TP NUM018 . A lo que añade la falta de motivación de del auto habilitante de la inicial intervención, dictado por el Juzgado Instrucción número 4 de Málaga de 2 de octubre de 2007, (Tomo I, Folio 28).

Arguye el recurso que el testimonio en el que se basó esa inicial autorización, el prestado por la testigo protegida identificada como TP NUM018 , carece de solvencia suficiente como fuente de indicios. Sugiere que pudo pretender la obtención de ganancia secundaria, dado que cuando lo prestó se encontraba detenida a los fines de materializar una orden de expulsión que había sido acordada respecto a ella; a lo que añade que se trata de una testigo de referencia, cuyo testimonio a lo largo de la causa no fue persistente.

La evidente conexión entre la intervención originaria con las restantes que se acordaron, sirve al recurrente para reclamar la nulidad del auto de 24 de Octubre de 2008 (Tomo XIII, Folios 183,184) por el que se autorizó la intervención del teléfono de NUM000 que usaba Calixto , que igualmente tacha de inmotivado.

Denuncia por último el recurso la falta de control judicial. Señala que el auto de 2 de octubre de 2007, habilitante de la intervención del teléfono NUM019 , no estableció un protocolo de control; y llega a sugerir que incluso la medida se materializó antes de que se dictara el auto autorizante, dado que mientras que el auto está fechado el 2 de octubre, el oficio comunicando la medida es de fecha 1 de octubre, de lo que deduce que dicha intervención se realizó antes del propio auto. Falta de control que achaca también a las prórrogas. En concreto a la del número NUM020 , pues sostiene que, autorizada inicialmente la intervención por Auto de 27 de junio de 2008 (Tomo IX, Folio 185), el auto autorizante de la prórroga está fechado el 31 de julio.

2. De manera reiterada han declarado tanto la jurisprudencia de esta Sala como la Constitucional, que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no tiene carácter absoluto. Puede quedar sujeto a limitaciones y restricciones que deben estar previstas por la ley en función de intereses que deban ser considerados prevalentes según los criterios propios de un Estado democrático de derecho. Para que tales restricciones puedan hacerse efectivas es preciso que, a partir de la necesaria habilitación legal, existan datos que en cada caso concreto pongan de manifiesto que la medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido, que este fin es legítimo y que es necesaria en función de las circunstancias de la investigación y del hecho investigado. Ello implica una valoración sobre la gravedad del delito, sobre los indicios de su existencia y de la intervención del sospechoso, y sobre la necesidad de la medida. La decisión al respecto corresponde exclusivamente del poder judicial, concretamente al Juez de Instrucción, a quien compete la ponderación de



los intereses en juego, mediante un juicio acerca de la proporcionalidad y necesidad de la medida, el cual deberá expresarse en una resolución judicial motivada.

La restricción de un derecho fundamental, como es el secreto de las comunicaciones, exige una justificación previa explícita y fundada para que no exista duda acerca de la licitud de la misma. Justificación que ha de estar documentada en la causa, pues su inexistencia hace imposible el control jurisdiccional y su fiscalización por los afectados, exigencia que no decae cuando la autorización judicial se ha producido en otro proceso.

En nuestro ordenamiento la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del Juez instructor como Juez de garantías controlador de la medida, en origen y durante su desarrollo.

El Tribunal Constitucional ha venido señalando reiteradamente que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención. Esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como concretar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas -en principio, deberán serlo de las personas sobre las que recaigan los indicios referidos-, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez (SSTC 82/2002; 167/2002; 184/2003; 165/2005; 136/2006; 197/2009 y 26/2010).

También ha advertido que la obligación de apreciar razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida y el delito investigado, esto es, el presupuesto habilitante de la intervención telefónica, constituye un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad (SSTC 49/1999, FJ 7; 138/2001, FJ 3; 165/2005, FJ 4; 219/2006; 220/2006; 239/2006 y 253/2006).

Para el Tribunal Constitucional los indicios idóneos para fundamentar la injerencia en el derecho fundamental son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, "sospechas fundadas" en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido (SSTC 49/1999; 166/1999; 171/1999; 299/2000; 14/2001; 138/2001; 202/2001; 167/2002; 261/2005; 136/2006; 253/2006; 148/2009; 197/2009; 5/2010 y 26/2010).

Matiza el Tribunal Constitucional que el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia; la fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa (SSTC 299/2000; 167/2002 y 197/2009). Sin que, además, la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios y la ausencia de los datos indispensables pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (SSTC 138/2001 y 167/2002).

De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997; 166/1999; 171/1999; 126/2000; 299/2000; 138/2001; 202/2001; 184/2003; 261/2005; 136/2006; 197/2009; 5/2010 y 26/2010).

Este Tribunal de casación, siguiendo la doctrina constitucional, tiene establecido en reiteradas resoluciones (SSTS 77/2007, de 7 de febrero; 610/2007, de 28 de mayo; 712/2008, de 4 de noviembre; 778/2008, de 18 de noviembre; 5/2009, de 8 de enero; 737/2009, de 6 de julio; 737/2010, de 19 de julio; 85/2011, de 7 de febrero; 334/2012, de 25 de abril; 85/2013, de 4 de febrero; 725/2014, de 3 de noviembre; 881/2014, de 15 de diciembre; 251/2015, de 13 de abril; o 133/2016, de 24 de febrero) que de la judicialidad de la medida de intervención telefónica se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, y siempre con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación.



La medida -señalan las sentencias citadas de este Tribunal- debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y expresar una motivación o justificación suficientes. Ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos facilitados por la policía han de tener un grado de objetividad que los diferencie de la mera intuición policial o conjetura. Deben ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe decidir sobre la medida, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial. Y es obvio que el Juez, como director de la investigación judicial, no puede adoptar el pasivo papel del vicario de la actividad policial que se limita a aceptar sin control alguno lo que le diga la policía en el oficio. En definitiva, en la terminología del TEDH, se deben facilitar por la autoridad policial las "buenas razones" o "fuertes presunciones" a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi - 5 de junio de 1997-, o Klass -6 de septiembre de 1998-.

Con motivo de la reforma de la LECRIM por LO 13/2015, de 5 de octubre, se ha establecido en el artículo 588 bis a) que durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

3. La sentencia recurrida aborda la cuestión que ahora se reproduce, entendiendo que las resoluciones que acordaron inicialmente las intervenciones, como las de las sucesivas prórrogas, fueron debidamente motivadas. Argumenta que, en la mayoría de los casos, sobre todo cuando de prórrogas se trata, la exigencia de motivación viene cubierta por la referencia y remisión al contenido de los oficios policiales que condensan el resultado de las nuevas investigaciones y seguimientos, incluso en ocasiones reproducen extractos de conversaciones captadas que justifican la medida interesada y que permiten calibrar al juez de Instrucción la proporcionalidad y conveniencia de las medidas interesadas. Motivación por remisión, que, si bien no integra la opción óptima, ha sido validada tanto por la jurisprudencia de esta Sala como la del Tribunal Constitucional.

Profundiza especialmente el Tribunal sentenciador en el auto que acordó la inicial intervención, el de 2 de octubre de 2007. Se dice, y el examen de la causa que autoriza el artículo 899 LECRIM nos ha permitido comprobar que así es, que esta resolución no acude a la remisión como técnica motivadora, sino que realiza un ponderado análisis de los indicios que abonan la existencia de una red organizada que se dedicaría a trasladar desde Ucrania a personas introducidas ilegalmente en nuestro país, a las que reclama una cuantiosa cifra por ello, para una vez aquí proceder a su explotación, lo que sustenta la apariencia de un delito de tráfico ilegal de personas con fines de explotación según nomenclatura vigente a la fecha de los hechos, anterior a la introducción por la LO 5/2010 del delito de trata de seres humanos, al margen de otras posibles tipicidades. Indicios obtenidos a través del testimonio de una mujer a la que, dada su situación de vulnerabilidad, se le otorgó el estatus de testigo protegida. Quien relató su experiencia en primera persona, aportando detalles de métodos de captación, rutas, incidencias en distintos puntos del viaje, hasta su destino final en España.

Testimonio, no solo prestado en sede policial cuando aquella se encontraba detenida a los efectos de materializar la expulsión que se había decretado, sino ratificado con carácter previo al auto, a presencia judicial. Un testimonio que la situación de ilegalidad administrativa en que se encuentra su emisora avala, dotándolo de una coherencia que le otorga verosimilitud interna. Un testimonio que incorpora la precisión que puede ser exigida a quien se encuentra en esa situación de vulnerabilidad, y que aporta un punto de engarce que sirve de arranque a la investigación de los hechos, el número de teléfono que utilizaba quien conducía el autobús que la trasladó a la testigo y a sus compatriotas, del que solo conocía el nombre, Benigno .

La solvencia de este testimonio como fuente de indicios, desde la valoración que en ese momento se exige, ante una investigación en estado embrionario, resulta indiscutible, aun cuando su autora pretendiera a través suyo evitar o dilatar su expulsión. Interés razonable en quien se encuentra en la descrita situación de vulnerabilidad necesitada de especial protección, que como tal le fue reconocida, que no debilita la apariencia de credibilidad que en ese momento se apreció, sustentada precisamente en la cohesión de su versión. Nos encontramos ante un análisis de solvencia incriminatoria *ex ante*, que, igual que no puede sustentarse ahora en el resultado derivado de la medida, que avala ampliamente aquella, tampoco en el posterior devenir de ese testimonio. El recurso vierte sobre el mismo insinuaciones de falta de persistencia que no concreta y que exceden del análisis que en este momento se requiere. En palabras que tomamos de la STS 445/2019, de 3 de octubre "Ni el éxito de la investigación convalida las escuchas acordadas sobre una base insuficiente por frágil; ni la evaporación o disolución del valor incriminatorio de los indicios anula la intervención telefónica que *ex ante* debía considerarse fundada".

Respecto a la entidad de los indicios que pueden amparar una intervención telefónica, decíamos en la STS 524/2017, de 7 de julio -con cita de otras muchas resoluciones de esta Sala-, que para el Tribunal Constitucional los indicios idóneos para fundamentar la injerencia en el derecho fundamental son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Debe



tratarse de "sospechas fundadas" en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.

En este marco, en atención a lo expuesto, la pretensión del recurrente tachando de prospectivas las intervenciones autorizadas por el inicial auto dictado por el Juzgado de instrucción 4 de Málaga el 2 de octubre de 2007, debe rechazarse por infundada. Auto que igualmente contiene un análisis ponderado de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida en atención a la gravedad de los hechos y las dificultades a las que se enfrenta la investigación de sucesos de esta naturaleza. Los parámetros de ponderación respecto a una medida invasiva de los derechos fundamentales necesariamente deben ponerse en conexión con las características de la actividad objeto de investigación; y el tráfico de seres humanos y su ulterior explotación, lo que hoy conocemos como trata de seres humanos, por sus peculiaridades e implicaciones, requiere analizar aquellos desde su especial lógica en cuanto que es actividad necesitada de planificación, con estructuras difícilmente permeables, conformadas por una pluralidad de personas con distintos niveles de implicación, y que se proyecta sobre una víctimas en situación de vulnerabilidad extrema. Una actividad que se desarrolla sin referencias territoriales nítidamente marcadas, en muchas ocasiones, como en este caso en concreto, transnacionales. De ahí que, por lo general, se prolonguen más en el tiempo, y paulatinamente se amplíe la nómina de afectados a medida que se va detectando su involucramiento.

Ahora bien, ello no puede convertir las intervenciones telefónicas en un instrumento de exploración destinado a obtener informaciones policialmente útiles, pero desvinculadas de una concreta actuación delictiva. De ahí su necesario anclaje, tanto de inicio como durante su vigencia a través de sucesivas prórrogas, a una base indiciaria que permita descartar su carácter meramente prospectivo, y evite el automatismo en su concesión o renovación, lo que solo puede garantizarse a través del efectivo control judicial. Anclaje que en este caso se aprecia con nitidez a partir del auto inicial y de las sucesivas prórrogas, sustentadas en los datos que la investigación iba proporcionando, y que el control judicial de la medida consiguió advenir.

Este es el caso del auto de 24 de octubre de 2008 (Tomo XIII, Folios 183,184) por el que se autorizó la intervención del teléfono de NUM000 que usaba Calixto, basado precisamente en el resultado de las intervenciones ya acordadas, en concreto en las conversaciones que se identifican, que dan soporte a la inferencia acerca de su participación en la red dedicada a la inmigración clandestina de personas. La argumentación que contiene el mismo se ve integrada por la remisión al informe en el que se pide la medida, en el que se reproducen las conversaciones a las que el auto alude. No se aprecia déficit de motivación.

4. Por último, tampoco las alegaciones del recurso que denuncian déficit en el control judicial de la medida, pueden dar sustento a la pretensión de nulidad que esgrime. La sentencia recurrida da respuesta a la cuestión de manera explícita, y con sustento en el que es criterio reiterado de esta Sala. Explica que no puede confundirse control judicial con una inexistente necesidad de que, quien se encuentra al frente del juzgado de instrucción, antes de proceder a la prórroga de una intervención, oiga directamente o cuente con la transcripción literal advenida por el fedatario judicial de las escuchas convenientemente traducidas. Es suficiente con que haya podido valorar a través del informe policial los resultados de las escuchas hasta ese momento practicadas y la exposición de las conversaciones más relevantes, lo que sucedió este caso con la transcripción policial de las conversaciones más destacadas, con aportación del correspondiente soporte digital.

El recurso no cuestiona que ese control existiera, dice que el auto inicial no contiene protocolo de control, pero no niega que se pudiera establecer después ni, lo que resulta más relevante, que el control se llevara a efecto a través de la periódica rendición policial del resultado de las intervenciones y el avance de la investigación, tal y como razonó la Sala de instancia.

Las conclusiones que esta alcanzó sobre este punto no se desvanecen por los datos concretos que el recurso resalta. Es cierto que el oficio que obra al folio 33 dirigido al Director de la Compañía Vodafone está fechado el 1 de octubre cuando el auto autorizante es del día siguiente, el 2 de octubre, lo que sin duda es un error. Porque según el recibí que el mismo incorpora manuscrito, fue entregado a la policía hasta el día 4 octubre, lo que pone de relieve que hasta ese día no se materializó la intervención, tal y como se explica en el oficio por el que se solicita la prórroga, dando cuenta del resultado de las llamadas detectadas.

En cuanto al supuesto retraso en la prórroga a la intervención del número NUM020, simplemente cabe destacar que el auto de 31 de julio de 2008 no prorroga una intervención anterior, sino que acuerda la medida de nuevo. De su fundamentación se deduce que se produjo un retraso en la solicitud de esa prórroga, lo que supone que la medida acordada el 27 de junio caducó una vez transcurrido su plazo de vigencia, de ahí que fuera autorizada de nuevo, no prorrogada. El Juzgado lo advirtió así, lo que evidencia que ejerció control sobre



la medida. De lo que no existe constancia es de que, durante ese interregno que no sería de más de tres días, la intervención hubiera seguido viva. El recurso ninguna referencia hace a ese extremo, lo que no cabe ahora presumir.

En atención a lo expuesto, no se aprecian razones para cuestionar la legalidad constitucional de las intervenciones acordadas, por lo que su nulidad queda descartada, y con ella la de las pruebas que pudieran haberse derivado de las mismas, por lo que los dos motivos conjuntamente analizados deben decaer.

TERCERO.- El tercero motivo de recurso invoca de nuevo el artículo 5.4 LOPJ para denunciar infracción de precepto constitucional. En este caso del artículo 24.2 CE en cuanto garantiza la presunción de inocencia. Motivo que enfoca en una doble vertiente, pues de un lado insiste que se excluir del acervo probatorio el resultado de las intervenciones telefónicas autorizadas en la causa, en cuya nulidad insiste por vulneración del artículo 18.3 CE, extremo que en atención a lo expuesto en el fundamento anterior queda descartado. De otro lado considera que la autoría del recurrente respecto al delito contra el derecho de los ciudadanos extranjeros previsto en el artículo 318 bis. 1. y 3 CP no ha quedado avalada por prueba de cargo de suficiente entidad.

Alega que todos los pronunciamientos probatorios en relación con Calixto ensamblan su actuación con la recogida y transporte de la ucraniana D^a Leonor una vez la misma se encontraba ya en España, en concreto en Málaga, sin que le conste intervención ni conocimiento del mecanismo de captación que se empleó en relación a la misma. Explica que la situación de todas las personas que viajaban en el autobús no era idéntica, ya que alguna disponía de un trámite de solicitud de Tarjeta de Residencia y trabajo por cuenta ajena en España pendiente de resolución; y que el final del destino previsto por la organización era Málaga y no DIRECCION012, siendo el trayecto entre estas dos localidades el que cubrió el recurrente. Al hilo de ello insiste en que la tía de Leonor señaló en el juicio que recurrió a Calixto, no porque las personas que trajeron a su sobrina se lo impusieran, sino porque era su vecino. También insiste en que la única cantidad que percibió fueron los 80 euros que le pagó esta última testigo por el transporte, sin efectuar ningún cobro por cuenta de la organización.

1. De manera reiterada hemos señalado que la invocación de la garantía constitucional de presunción de inocencia permite a este Tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantarse la valoración que hizo el Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales. Tampoco a realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración de aquel por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

2. La sentencia recurrida conforma la intervención en los hechos que atribuye al recurrente Calixto, a partir de su enlace con el entramado organizativo que se dedicaba a introducir en España a nacionales ucranianos burlando la legislación española que regula los presupuestos de entrada, tránsito y permanencia de los mismos en nuestro país. Su actuación se desarrolló fundamentalmente en la fase final, pero en coordinación con esa red que, desde su captación en el país de origen, los colocaba en el nuestro, lo que revela su conocimiento acerca de la operativa en la que estaba involucrado y el alcance de la misma.

La existencia del entramado organizativo lo entendió probado la Sala sentenciadora con apoyo en los vínculos e interconexiones que desde el inicial testimonio de la testigo protegida que dio origen a las actuaciones,



consiguió detectar la investigación policial, introducidos como prueba en el plenario a través del testimonio de los agentes que la llevaron a cabo, y en especial a través del testimonio de aquel al que corresponde el número NUM021 .

El elemento de engarce lo extrajo el Tribunal de instancia del contenido de las conversaciones telefónicas interceptadas, introducidas en el acto del juicio como prueba documental, y aclaradas en su sentido por el testimonio de los diferentes agentes de la policía encargados de la investigación y de los distintos seguimientos acometidos en la misma, y que coincidieron en identificar a Calixto con quien en las investigaciones se denominó Calixto de DIRECCION011 . De manera especial las conversaciones que revelan contactos en los que habla del cobro de las cantidades que debían de abonar los trasladados, como la transcrita en la causa en la que el recurrente habla con un tal Maximiliano sobre el cobro de la suma de 2.200 €, ratificada en el plenario por el testimonio del Policía Nacional NUM022 , quien describió la intervención Calixto y los contactos que mantenía con los conductores del vehículo que traía a Leonor , incluso con esta acerca del precio.

Finalmente, la intervención de Calixto en la recogida y traslado de esta última, plenamente constatada por diversa prueba testifical de los agentes que efectuaron la vigilancia, y la declaración de María Dolores , tía de aquella, permitieron constatar su actuación sobre el terreno, que en buena lógica solo puede interpretarse vinculada a los contactos anteriores.

El que esta última testigo, María Dolores , indicará que solo abonó al recurrente 80 euros y aunque, como dice el recurso, dijera que acudió a Calixto por ser su vecino, no debilita el valor incriminatorio de la prueba de cargo que el Tribunal sentenciador tomó en consideración, cuando, como el propio Tribunal especifica en la sentencia, esta testigo confirmó que su sobrina hubo de pagar en una cantidad cercana a los 2.200 euros aludidos en la conversación que acabamos de reseñar y que se encuentra dentro de la franja el Tribunal ha fijado para determinar el importe aproximado del canon reclamado en la generalidad de los casos por el transporte e introducción en el país de destino.

Elementos probatorios válidamente obtenidos e introducidos en el procedimiento, de suficiente contenido incriminatorio, y razonados en términos que permiten descartar cualquier atisbo de arbitrariedad, por lo que la alegada vulneración de la presunción de inocencia queda descartada.

El motivo decae.

CUARTO.- Estrechamente relacionado con el anterior, el cuarto motivo de recurso invoca el artículo 5.4 LOPJ para denunciar vulneración de la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE en la vertiente que se proyecta sobre el derecho a obtener una resolución motivada. En particular en lo relativo al conocimiento por parte del recurrente acerca de que las personas transportadas eran introducidas en España vulnerando la legislación de entrada y tránsito.

1. La suficiencia de la prueba de cargo, núcleo esencial para la desactivación de la garantía de presunción de inocencia, al evidenciarse a través de una motivación coherente y sin fisuras del Tribunal, conforma un espacio en el que se entremezcla con el derecho a la tutela judicial, quebrantado cuando el órgano de enjuiciamiento no justifica la respuesta que se ofrece a las pretensiones de las partes. De este modo, la motivación que de la valoración de la prueba realiza el Tribunal de instancia, permite apreciar la solidez de sus conclusiones o bien su evanescencia ante unos instrumentos de prueba que pueden reflejar una realidad incompatible o aportar dudas fundadas sobre lo verdaderamente acontecido.

Como han explicitado numerosas resoluciones de este Tribunal y hemos adelantado al resolver el anterior motivo, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio. Una verificación que alcanza a que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responde al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso fundamental de su raciocinio (STS 1125/01, de 12 de julio) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena.

El estándar de motivación fáctica de las sentencias no atañe solo al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), afecta principalmente al derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE). El Tribunal Constitucional ha entendido que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye



precisamente la falta de motivación del *iter* que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio (STC 145/2005 de 6 de junio, con cita de otras muchas).

También esta Sala ha insistido en ello (entre otras SSTS 160/2021, de 24 de febrero; o 276/2021, de 25 de marzo). La suficiencia de la prueba de cargo, núcleo esencial para la desactivación del derecho a la presunción de inocencia, al evidenciarse a través de una motivación coherente y sin fisuras del Tribunal, conforma un espacio en el que se entremezcla con el derecho a la tutela judicial, quebrantado cuando el órgano de enjuiciamiento no justifica la respuesta que se ofrece a las pretensiones de las partes. De este modo, la motivación que de la valoración de la prueba realiza el Tribunal de instancia, permite apreciar la solidez de sus conclusiones o bien su evanescencia ante unos instrumentos de prueba que pueden reflejar una realidad incompatible o aportar dudas fundadas sobre lo verdaderamente acontecido.

El grado de motivación constitucionalmente exigido *ex derecho* a la presunción de inocencia, es superior en general al que se proyecta sobre la tutela judicial efectiva, para la que basta con que la sentencia permita la cognoscibilidad de la *ratio decidendi*. De cara a la presunción de inocencia la motivación está llamada a transmitir la información necesaria para comprobar "desde un punto de vista subjetivo que cuando el Juez llegó a la conclusión fáctica que expresa, lo hizo porque no albergaba al respecto duda razonable, y desde una perspectiva objetiva que su convicción no resulta reprochable: que resulta razonable pensar que no albergaba dudas razonables" (STC 145/2005).

2. En este caso, al resolver el motivo anterior descartamos que la garantía de presunción de inocencia del recurrente se haya visto vulnerada, validando la suficiencia del esfuerzo motivador realizado respecto a la prueba de cargo en general, y en particular la que concierne al extremo ahora combatido. La deducción probatoria acerca del conocimiento que el recurso cuestiona, se encuentra en el engarce del recurrente con la red organizada que se dedicaba al traslado e introducción de personas ucranianas simulando visados turísticos, cuando la finalidad era la permanencia en países de nuestra órbita, en este caso España. Podría la Sala de instancia haber desplegado una técnica motivadora más depurada, pero la desarrollada en la sentencia, aun cuando en algún caso pueda parecer algo imprecisa, resulta suficiente para evidenciar la lógica del razonamiento, descartando como verosímiles otras hipótesis alternativas a la proclamada.

A lo señalado en el motivo anterior al rechazar la vulneración de la garantía de presunción de inocencia nos remitimos.

El motivo se desestima.

QUINTO. El siguiente motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida aplicación del artículo 318 bis 1 CP.

La discrepancia que habilita el artículo 849.1 LECRIM nada tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Solo cabe cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia, a partir de la secuencia histórica que la Sala sentenciadora ha declarado probada.

En este caso el recurso dedica sus esfuerzos argumentativos a cuestionar la prueba que sustenta el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, lo que queda fuera del ámbito de revisión que el motivo que vehiculiza la queja permite.

1. A partir de la secuencia fáctica que nos vincula, los presupuestos que colman la tipicidad tanto objetiva como subjetiva del precepto que se cuestiona, emergen con toda nitidez.

El tipo previsto en el artículo 318 bis vigente a la fecha de los hechos y hasta la reforma la LO 1/2015, castigaba al que "directa o indirectamente promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España".

Como han puesto de relieve distintas resoluciones de esta Sala (por todas STS 658/2015 de 26 de octubre) 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).

2. La redacción vigente a la fecha de los hechos fue reformada por efecto de la LO 1/2015, que en cuanto atemperó el rigor punitivo, resulta retroactivamente aplicable. 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 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 cuando se haya actuado en el seno de una organización que se dedicare a la realización de estas actividades o cuando se hubiere puesto en riesgo la vida o gravemente la integridad física de las personas objeto de la infracción.

3. El relato de hechos que en atención al motivo que viabiliza el recurso, nos vincula, declara probada la existencia de Red ó Asociación organizada en Ucrania, que se dedicaba "al transporte, ilegal de ciudadanos ucranianos que se la denominaba "La Central", cuya base de operaciones y captación se encontraba en DIRECCION027 , DIRECCION028 y DIRECCION029 , ciudades ucranianas desde las que se transportaba hasta distintos países de Europa (Italia, Portugal, España ...etc.) a ciudadanos ucranianos que lo solicitaban, constituyendo la ciudad de Milán una base de tránsito hacia los destinos definitivos de dichas personas.

En la citada actividad, tenían intervención varias Agencias de Viajes as en Ucrania, como DIRECCION001 , DIRECCION002 , DIRECCION003 , DIRECCION004 , DIRECCION005 , DIRECCION006 , DIRECCION007 , DIRECCION008 , DIRECCION009 , DIRECCION010 ...etc., pasquines de publicidad que a veces aparecían pegados en las farolas de la ciudad, así como se desplegaba la actividad con multitud de individuos que constituían los eslabones iniciales e intermedios de la trama...En el contexto de esta Organización ó Red organizada en Ucrania, tenían una participación muy activa, contactando con miembros de la misma para determinar sobre todo la cantidad ó cantidades que finalmente se debían cobrar a los transportados, varios de los acusados que se sitúan en el eslabón final de la cadena, siendo este el caso de los acusados Calixto



, Cesareo , Luciano , y Nazario , quienes, tras desarrollar un persistente contacto con miembros de la Red como queda dicho, acaban colocando a las personas transportadas en los destinos que les indicaban, una vez comprobaban que habían abonado las sumas que se les exigían, que se situaban entre 2.000 y 2.500 €, y a veces incluso acababan pagando más".

Más adelante pasa a concretar que " Calixto ,... el 4 de Noviembre de 2008, sobre las 5'00 horas de la madrugada y en la PLAZA000 de Málaga, tras haberse concertado por medio del terminal telefónico que poseía N° NUM000 , con los miembros de la Organización convenientes al efecto, recogió a la ciudadana ucraniana Leonor , que había sido llevada a ese lugar por dos miembros de la organización, en operación que fué coordinada por el también acusado Cesareo valiéndose del terminal telefónico NUM001 , intervenida policialmente al igual que la de Calixto ".

A partir de tales hechos queda patente que el mismo, a través de su participación como miembro de la organización que actuaba desde Ucrania, ayudo a nacionales de este país a entrar en España contraviniendo la normativa que regula el acceso de los extranjeros a España, así como su tránsito.

En nuestra jurisprudencia anterior habíamos catalogado como tráfico ilegal 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. Como dijimos en la STS 482/2016, de 3 de junio, en relación al artículo 318 bis en su redacción anterior a la LO 1/2015 "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 de la que se hace eco la sentencia recurrida, viene declarando que el delito incluye como tráfico ilegal la utilización de fórmulas autorizadas 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)".

Doctrina que también resulta ahora aplicable, en cuanto que el carácter fraudulento de tal operativa aboca directamente hacia un mercantilizado incumplimiento de la normativa en vigor, que de esta manera se eludió, lo que supone una flagrante vulneración de las normas que rigen la entrada o tránsito de extranjeros en territorio español, sustentado sobre un inequívoco ánimo de lucro, canalizado a través de la ganancia derivada de tal actividad.

El motivo se desestima.

SEXTO.- El siguiente motivo de recurso, el sexto, acude de nuevo al cauce que habilita el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida aplicación del artículo 318 bis apartado 3. Esto es "cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades", sin cuestionar la apreciación del apartado 6 del precepto.

Niega el motivo cualquier tipo de conexión de Calixto con la red estructurada que el relato de hechos describe, derivando su argumentación a cuestiones de índole probatoria, que desbordan los contornos del motivo de infracción de ley.

Los hechos probados que nos vinculan, describen la existencia de un entramado dotado de estabilidad, compuesto por una pluralidad de personas, unas radicadas en España y otras en el país de origen o tránsito, actuando de manera prolongada en el tiempo con arreglo a un coordinado reparto de papeles. Engranaje en el que el recurrente se encontraba insertado, por lo que la aplicación del párrafo combatido, surge también en este caso con toda nitidez, con independencia de que la Sala se instancia, valorando su papel dentro del entramado le haya aplicado la modalidad atenuada de menor entidad del artículo 318 bis 6 CP.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- El siguiente motivo de recurso denuncia por el mismo cauce la infracción del artículo 849.1 LECRIM, la indebida aplicación del artículo 21.6 CP. Solicita que la atenuante de dilaciones indebidas, que la sentencia recurrida apreció como simple, sea reconocida con el carácter de cualificada.



Al hilo de ello resalta algunos hitos del procedimiento, del que destacaremos que la investigación comienza en el año 2007. Se alude a diversos trámites, y se insinúan periodos de paralización, si bien, el que no se haya realizado actuación concreta en relación al recurrente, no equivalen a paralización.

1. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 CE. Si bien no es identificable con un derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver y ejecutar lo resuelto en un tiempo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso comprobar si ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado, bien por su complejidad o por otras razones. Que ese retraso sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. Cualquier ponderación debe efectuarse a partir de tres parámetros: la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga contra España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas contra España, y las que en ellas se citan).

Según jurisprudencia constante de esta Sala, a la hora de interpretar esta atenuante concurren dos elementos relevantes "el plazo razonable" y las "dilaciones indebidas". Al primero se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable". A las segundas el artículo 24 de la CE, que garantiza un proceso sin "dilaciones indebidas". En realidad, son conceptos que confluyen en la idea de un enjuiciamiento ágil y sin demora, pero que difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas implican retardos injustificados en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de los distintos actos procesales. El "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio y más orientado a la duración total del proceso, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, y ha de tener como índices de referencia la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la misma naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010, de 15 de febrero; 269/2010, de 30 de marzo; 338/2010, de 16 de abril; 877/2011, de 21 de julio; 207/2012, de 12 de marzo; 401/2014, de 8 de mayo; 248/2016, de 30 de marzo; ó 524/2017, de 7 de julio, entre otras, entre otras).

La causa de atenuación que nos ocupa aparece regulada, a partir de la reforma operada en el CP por la LO 5/2010, en el artículo 21. 6ª del CP, que exige que se haya producido una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan tal consideración; y exige también, que tal demora no sea atribuible al propio inculpado ni guarde proporción con la complejidad de la causa.

2. La Sala sentenciadora apreció la concurrencia de una atenuante de dilaciones indebidas como simple. La justificación la condensó en el siguiente fragmento, "es preciso destacar al respecto, que el presente procedimiento ha de considerarse igualmente extraordinariamente complejo: Han resultado imputados al menos 50 personas, todos súbditos extranjeros de origen ucraniano, algunos de los cuales(21) ni siquiera llegaron a ser procesados, habiéndose procedido a la intervención de más de 50 teléfonos móviles, y a recabar el auxilio y cooperación jurídica internacional, dictándose órdenes de detención contra la mayoría de los miembros de la Organización, e incluso llevar a cabo gestiones de coordinación en DIRECCION030, habiendo resultado, en consecuencia, muy complicada la determinación de los acusados disponibles y en particular igualmente, a efectos de localización y citación para el Acto del Juicio oral, dándose, la circunstancia de que por razones de oportunidad de esta Sala, se consideró apropiado anteponer a la celebración de este procedimiento, la de los Rollos de Sala N° 1005/14 y 1013/14, (de entre los varios procedimientos Especiales que tuvieron entrada en escaso margen de tiempo), de más alarma social y transcendencia que el que nos ocupa".

La complejidad de la causa resulta patente, aun cuando el resultado final haya disminuido notablemente su efectividad, si valoramos la misma por el número de personas que resultaron enjuiciadas. Sin embargo, es indiscutible la abultada instrucción; y las dificultades de localización y consiguiente necesidad de acudir a medidas de cooperación internacional son fácilmente imaginables dada la naturaleza de los hechos y su desarrollo transfronterizo.

La apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada requiere que concurren retrasos en la tramitación de la causa de una intensidad extraordinaria y especial, esto es, que se trate de supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúen muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente, que sean super extraordinarias (STS 739/2011, de 14 de julio; 484/2012, de 12 de junio; 370/2016, de 28 de abril; 474/2016, de 2 de junio; 454/2017, de 21 de junio; o 220/2018, de 9 de mayo).

Como explicaba y compendia la STS 249/2015, de 5 de abril "en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo,



se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003 de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002 de 21 de marzo (9 años); 39/2007 de 15 de enero (10 años); 896/2008 de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008 de 12 de febrero (16 años); 440/2012 de 25 de mayo (diez años); 805/2012 de 9 octubre (10 años); 37/2013 de 30 de enero (ocho años); y 360/2014, de 21 de abril (12 años)".

La STS 760/2015, de 3 de diciembre, estimó una atenuante de dilaciones muy cualificada en un supuesto de 13 años de duración del proceso, en el que la única actividad procesal relevante en los últimos cinco fue el nombramiento de Letrado a un responsable civil y la formulación de conclusiones provisionales por éste. Y la STS 668/2016, rechazó la cualificación en un procedimiento que se inició en el año 2010, en el que se dictó sentencia cinco años más tarde y que tuvo una paralización de un año y algunos meses. La STS 624/2016, de 13 de julio, no aceptó la cualificación en un supuesto de duración similar del proceso, por unos hechos ocurridos en febrero de 2010, en el que se celebró el juicio oral en marzo de 2015, con dos periodos de inactividad, nueve meses para calificar los hechos por la acusación pública, y ocho meses en acordar la apertura del juicio oral, que el Tribunal consideró dilación extraordinaria aunque no cualificada. La STS 739/2016, de 5 de octubre, rechazó la cualificación en relación a una causa que había invertido en su duración 5 años y diez meses. Y la sentencia de 379/2019, de 23 de julio, la apreció en el supuesto de duración del procedimiento por tiempo superior a 10 años, con una paralización de un año.

3. El repaso de la causa que autoriza el artículo 899 LECRIM nos ha permitido comprobar algunos hitos del procedimiento, entre los que destacaremos que la investigación comienza en el año 2007, prolongándose la instrucción hasta el año 2013. En 2014 se reciben las actuaciones en la Audiencia, que celebra el juicio a finales de 2016, dictándose una inicial sentencia en marzo de 2017, que apreció la atenuante simple de dilaciones indebidas. Recurrída la misma en casación, la STS 655/2018, de 14 de diciembre, anuló tal resolución, salvo en lo que afectaba a las dos acusadas que fueron absueltas, y al condenado que no recurrió. Y lo hizo al apreciar un déficit de motivación vulnerador de la garantía de tutela judicial efectiva. Ello determinó la devolución de las actuaciones y un incremento en duración temporal del procedimiento para los cinco acusados recurrentes hasta que el 28 de junio de 2019, la Audiencia de Málaga dictó la sentencia que puso de nuevo fin a la instancia, una vez transcurridos prácticamente doce años desde que se iniciara la investigación, con la adopción de distintas medidas de injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE).

Si la argumentación que la sentencia recoge para justificar la apreciación de la circunstancia de atenuación como simple (la misma que incorporó la sentencia anulada), podría tener su justificación a la fecha del enjuiciamiento, la ulterior sucesión de acontecimientos diluye su fuerza de convicción en lo que a la entidad que debe reconocerse a tal circunstancia.

Problemas procesales y conceptuales aconsejan enfrentar con prudencia dilaciones o retrasos producidos *ex post iudicio*, lo que no excluye que sean valorados en supuestos excepcionales por extremos. Así lo hemos afirmado de manera reiterada (por todas STS 188/2020, de 20 de mayo, y la que en ella se citan).

Hemos admitido excepcionalmente la concurrencia de la atenuante por demoras en la publicación de la sentencia (SSTS 204/2004 de 23 de febrero; 325/2004 de 11 de marzo; 151/2005 de 7 de febrero; 932/2008 de 10 de diciembre; STS 1324/2009 de 9 de diciembre; o 329/2014 de 2 de abril) y también en algún supuesto en que la inactividad se ha producido en la sustanciación del recurso (SSTS 836/2012 de 19 de octubre; 935/2016 de 15 de diciembre; o 188/2020, de 20 de mayo). Siempre en el caso de paralizaciones o demoras muy llamativas.

Y el recurso nos coloca en una situación lo suficientemente excepcional como para adicionar a las circunstancias que concurrieron hasta el momento del enjuiciamiento, las incidencias posteriores hasta el dictado de la segunda sentencia, la que ahora se revisa. La duración total del procedimiento así considerado, 12 años, sin que consten demoras directamente imputables a los condenados, da sustento a la apreciación de la circunstancia de atenuación apreciada como cualificada, con el consiguiente efecto en la penalidad por aplicación del artículo 66 1 2ª CP.

El motivo se estima.

OCTAVO.- Formaliza el recurso en último lugar un octavo motivo, que al amparo del artículo 849.2 LECRIM denuncia error en la apreciación de la prueba y de los documentos obrantes en las actuaciones.

Reseña el motivo una serie de documentos incorporados a las actuaciones, de diverso carácter, con cuyo apoyo pretende desvirtuar la afirmación fáctica relativa a su conocimiento acerca de la situación de ilegalidad administrativa de la entrada en España de las personas ucranianas que la organización trasladaba.

El planteamiento del motivo desborda los estrechos contornos del motivo que canaliza su pretensión. La finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECRIM consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato



histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia. Error que, para que pueda prosperar el motivo, debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que, además, en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

Es necesario que el documento que se dice erróneamente interpretado tenga autosuficiencia probatoria, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones. Además, que, como ya hemos dicho, sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables.

El recurso se limita a entresacar algunos folios de las actuaciones sin identificar qué tipo de documento se trata. En cualquier caso, atendiendo al tenor de lo que el recurso transcribe, tales documentos carecen de virtualidad para comprometer las conclusiones probatorias que el Tribunal sentenciador alcanzó y que hemos validado, basadas en prueba documental y testifical. Que algunas de las personas trasladadas pudieran estar en posesión de documentación que habilitara su entrada en España, no desvirtúa las conclusiones que el recurso trata de rebatir en cuanto a la actuación de la organización, y la vinculación con la misma del recurrente. El motivo se desestima.

Recurso de D. Cesareo

NOVENO.- Plantea un primer motivo de recurso al amparo del artículo 5.4 LOPJ por infracción al secreto de las comunicaciones y a un proceso con todas las garantías, sin que surtan efecto las pruebas que directa o indirectamente violan las libertades fundamentales, invocando los artículos 11.1 LOPJ Y 18.1 y 3 y 24.2 CE.

Su planteamiento es en gran parte coincidente con el del anterior recurrente, al considerar las intervenciones acordadas en la causa como prospectivas, y denunciar déficit de motivación de las resoluciones habilitantes. Extremos respecto a los que nos remitimos a lo señalado en el fundamento segundo de esta sentencia.

Incorpora el recurso una alegación singularizada en relación a la intervención del número utilizado por Cesareo , el NUM001 . Con base en la información que en torno a unos seguimientos que se dicen realizados sobre él como usuario de esa línea el 4 de septiembre de 2008, mientras que el auto habilitante de la intervención de ese número es de fecha 24 de octubre de 2008, sugiere que la policía accedió al contenido de sus conversaciones con anterioridad a que se autorizase la intervención.

El planteamiento parte de una lectura sesgada de los informes policiales. Si examinamos el oficio de 24 de octubre de 2008 en el que se solicita por primera vez la intervención de la línea que usa el recurrente, el NUM001 (folio 40 y ss tomo XIII), que autorizó el auto de fecha 24 de octubre de 2008, comprobamos que su implicación se detecta a raíz de haber sido identificado ese número en algunas conversaciones a las que los investigadores atribuyen contenido incriminatorio, mantenidas con líneas telefónicas cuya intervención estaba ya acordada en la causa. En concreto la NUM023 de Leoncio y la NUM024 de la que es usuario Maximino . Precisamente, la constancia de esas conversaciones es la que determina la intervención de la línea que utilizaba el Sr. Cesareo .

En línea con ello, el informe de imputaciones incorporado al tomo XX, al que el recurso se remite solo en algún extremo aislado, cuando comienza a enumerar los elementos que a juicio de los investigadores gozan de valor incriminatorio, se refiere al resultado de la intervención del número el NUM001 , destacándose como primera, llamada la que tuvo lugar el 27 de octubre de 2008, es decir, después de ser autorizada judicialmente su intervención. Mas adelante, hace efectivamente referencia a esos seguimientos del día 4 de septiembre, pero según la exposición, el conocimiento respecto a los mismos se había obtenido de intervenciones ya en curso, no de la del teléfono de Cesareo , lo que compagina con los datos incorporados al oficio de fecha 24 de octubre de 2008. De hecho, en esa vigilancia los agentes detectan en el lugar dos furgonetas. Se identifica como ocupantes de una de ellas a Teofilo y Leoncio , y los investigadores solicitan de la Sala del 091 la presencia de una dotación uniformada que identifica como al conductor del otro vehículo, una furgoneta Volkswagen, a Cesareo .

Las dudas de legalidad que el recurso desliza han quedado disipadas, por lo que ningún motivo apreciamos que impida reconocer la acomodación de las intervenciones telefónicas analizadas a los estándares de constitucionalidad. La pretendida nulidad queda descartada.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- El segundo motivo de recurso invoca de nuevo el artículo 5.4 LOPJ, en esta ocasión para denunciar vulneración de la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.



Entiende el recurrente que su condena carece de base sólida. De un lado, porque el resultado de las intervenciones telefónicas debe ser expulsado del acervo probatorio, extremo que al desestimar el motivo anterior hemos rechazado. Para este supuesto, sostiene el recurso que Cesareo no ha tenido ninguna participación en el transporte a España de personas que carecieran de permiso de residencia; que es un trabajador dado de alta en el transporte de paquetería y que nunca se le sorprendió trasladando personas en su vehículo. Que las conclusiones policiales sobre su imputación son infundadas, y las conversaciones que el Fiscal utilizó para basar su petición de condena no le involucran ya que las frases que se entienden comprometidas fueron pronunciadas en ambos casos por su interlocutor, no por él.

1. Ya hemos delimitado al resolver el recurso anterior el alcance de la revisión que nos compete en casación cuando se denuncia vulneración de la presunción de inocencia.

En este caso, la Sala sentenciadora ha tomado en consideración prueba testifical y documental practicada y llega a la conclusión que el recurrente realizaba importantes labores en el seno de la organización, en muchos caso de coordinación, como en el transporte de Leonor, trasladada hasta el punto en que fue recogida por Calixto en un vehículo, uno de cuyos conductores era hermano de Cesareo.

A este respecto destaca la sentencia recurrida los resultados de las intervenciones telefónicas. Conversaciones lo suficientemente explícitas para evidenciar un contacto directo con los miembros de la organización, en los que se habla de los cobros a los pasajeros, entregas de pasaportes y otros documentos, o incluso de pérdida y ulterior hallazgo de un pasaporte; la realización de transportes de viajeros, siempre en contacto con los encargados de captar a los mismos en el punto de origen; o las que revelan que el mismo está al tanto de las incidencias que surgen, como la detenciones producidas en el entorno investigado, incluso las que tienen lugar en el extranjero. Conversaciones que igualmente revelan que, además de la gestión en torno al traslado de personas, se encarga de movimientos de paquetería. Especialmente esclarecedoras son las que mantiene con su hermano Juan Miguel y otras personas, que evidencian de su implicación en la preparación y desarrollo del viaje que trasladaría primero hasta Madrid y desde allí a Málaga, a Leonor.

Los policías intervinientes como testigos, no solo ratificaron las conclusiones alcanzadas en sus investigaciones a raíz del resultado de las intervenciones y de los seguimientos realizados a resultados de las mismas. Explicaron que el propio recurrente les reconoció ser el usuario de la línea NUM001, y lo identificaron en Sala como la persona a la que detectaron en algunas de las vigilancias realizadas, como la ya mencionada del 4 de septiembre de 2008 en el centro comercial DIRECCION014 Los patios; y la que en relación con el transporte de paquetería tuvo lugar el día 19 de noviembre de ese mismo año en la CALLE000, de Madrid. O los seguimientos que permitieron detectar el traslado de Leonor una vez llega a Madrid hasta Málaga, y que culminó con la detención, entre otras personas, de Calixto.

Elementos que permiten confirmar, desde el análisis que en este momento nos incumbe, que la condena del recurrente se ha basado en prueba de cargo válidamente obtenida e incorporada al proceso, de suficiente contenido incriminatorio, razonablemente valorada con arreglo a criterios lógicos y máximas de experiencia comúnmente aceptadas, por lo que la vulneración de la garantía de presunción de inocencia queda excluida.

El motivo decae.

UNDÉCIMO.- El tercer motivo de recurso se plantea por cauce de infracción de ley del artículo 849.21 LECRIM para denunciar indebida aplicación del artículo 318 bis 3 CP, sin cuestionar tampoco en este caso la aplicación del apartado 6 del precepto.

Entiende que no ha quedado acreditada la conexión del recurrente con el entramado organizativo que sustenta la aplicación de tal modalidad típica. Incurre también este recurso en la deficitaria técnica de introducir a través del motivo de infracción de ley, supeditado al relato de hechos probados, cuestiones de índole probatoria, que, de otro lado, han quedado solventadas con la resolución del motivo anterior.

En atención a lo expuesto, solo queda remitirnos a lo señalado en el fundamento sexto al resolver el motivo que con el mismo planteamiento formalizó el recurrente Calixto.

El motivo decae.

DUODÉCIMO.- El cuarto de los motivos acude de nuevo al cauce de infracción de ley para denunciar la indebida aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Insiste en que la duración de la causa, pese a su complejidad sustenta tal consideración. Invoca una sentencia procedente de la misma Audiencia de Málaga, seguida también por delito de inmigración ilegal y con unas proporciones parangonables, que consideró como cualificadas las dilaciones. Decisión confirmada por este Tribunal en STS 26.04.2016, atendiendo al razonamiento que "han transcurrido diez años desde la iniciación de



las actuaciones hasta la celebración del plenario, periodo de tiempo de tramitación que conforme a la reiterada jurisprudencia es excesivo (a partir de los 7 u 8 años) aunque se trate de causa penal compleja".

El motivo va a prosperar, siendo de aplicación al caso las consideraciones expuestas al respecto al resolver el motivo anterior.

Recurso de D. Luciano .

DÉCIMO TERCERO.- Plantea un primer motivo de recurso, que identifica como el tercero de los anunciados, que a través del cauce que habilita el artículo 849.1 LECRIM, denuncia la indebida aplicación del artículo 318 bis nº 1.

Sostiene que el relato de hechos probados no recoge como entraron en España las dos personas que el acogió en su domicilio, en consecuencia, no consta que se vulnerara la legislación española que regula la entrada y tránsito de extranjeros en España. Que accedieron al territorio Schengen con un visado en vigor, por lo que en ningún momento se vulneraron normas de derecho comunitario, y las acogió en su casa como compatriota, sin cobrar por ello.

Como hemos reiterado, el cauce casacional por el que opta el recurrente, nos vincula al relato de hechos probados de la sentencia recurrida. En este caso, ya lo hemos dicho al resolver el primero de los recursos, declara probada la existencia de una red o asociación organizada en Ucrania, que se dedicaba al transporte ilegal de ciudadanos de aquel país hacia países comunitarios. Afirma expresamente "...En el contexto de esta Organización ó Red organizada en Ucrania, tenían una participación muy activa, contactando con miembros de la misma para determinar sobre todo la cantidad ó cantidades que finalmente se debían cobrar a los transportados, varios de los acusados que se sitúan en el eslabón final de la cadena, siendo este el caso de los acusados Calixto , Cesareo , Luciano , y Nazario , quienes, tras desarrollar un persistente contacto con miembros de la Red como queda dicho, acaban colocando a las personas transportadas en los destinos que les indicaban, una vez comprobaban que habían abonado las sumas que se les exigían, que se situaban entre 2.000 y 2.500 €, y a veces incluso acababan pagando más".

Más adelante concreta "El acusado Luciano , mayor de edad y sin antecedentes penales, titular de los terminales telefónicos NUM003 , NUM004 y NUM005 , intervenidos policialmente con el respaldo judicial oportuno, desarrolló en Abril, Mayo, Junio, Julio y Octubre de 2008 una importante comunicación con miembros de la organización, con la finalidad de hacerse cargo de los ucranianos que viajaban a España proporcionándoles la ayuda necesaria hasta su llegada al destino final que estos solicitaban, percibiendo por ello cantidades de dinero, habiendo contactado con Agapito . Almudena , Bienvenido , Estanislao , Florencio , y otros a quienes no afecta esta resolución descendiendo en su actividad posteriormente, lo que no le impidió, como había hecho en Abril de 2008 usando entonces la furgoneta Mercedes NUM006 , recoger el día 14 de Junio de 2008 en las inmediaciones del Centro Comercial DIRECCION014 de DIRECCION015 , a la ciudadana ucraniana Angelina , para transportarla hasta el puerto de Valencia a fin de que tomara el barco a las 23'00 horas, que llevaría a Angelina hasta Palma de Mallorca, donde fue recogida por la también acusada Patricia . Luciano utilizó para el transporte de Angelina el vehículo Opel Vectra NUM007 . Patricia adelantó o prestó a Angelina el dinero que ésta debía abonar, constando ingresos en efectivo en la cuenta que Cecilio , hijo del acusado Cristobal , tenía abierta, los días 14-4-2008 y 16-6-2006, las sumas de 2.200 € y 2.350 respectivamente, cuenta N° NUM008 del BBVA de C/ DIRECCION016 NUM009 de DIRECCION017 , Valencia."

Añade "En la cantidad final que desembolsaban las personas transportadas desde Ucrania, al miembro ó miembros de la organización que se les indicaba, se incluía el precio por la obtención de un visado, legal en principio, de escasa validez temporal, con el que se aparentaba la realización de un viaje turístico a países como Polonia, Austria, Hungría...etc. Con la condición de ser zona Schengen, para proseguir después el viaje, a España u otros países en situación que vulneraba la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros, situación que los acusados Calixto , Cesareo , Cristobal , y Nazario , conocían".

Para terminar, tras relatar los hechos que afectan a la esposa del recurrente de la que se dice, que junto con él acogía a ciudadanos ucranianos que llegaban a España de manera ilegal, concluye "El día 27 de Abril de 2008, los súbditos ucranianos Miriam , Juan Pedro y Estanislao fueron recogidos por el acusado Cristobal en su furgoneta Mercedes NUM006 y conducidos hasta el aeropuerto de Alicante, habiendo adquirido Miriam , Juan Pedro y Estanislao los billetes en la agencia de DIRECCION025 de la localidad de DIRECCION026 (Valencia) exhibiendo los tres ciudadanos ucranianos citados, sendos pasaportes en los que figuraban como titulares de los mismos, los ciudadanos rumanos Erasmo , Gaspar y Ignacio , sin que se haya acreditado la intervención que en dicha operación tuvo el acusado Cristobal , pues los citados pasaportes supuestos, fueron confeccionados por persona ó personas desconocidas, en Ucrania".



A partir de tales hechos resulta patente que concurren en relación al recurrente todos los presupuestos de la tipicidad aplicada, tanto conforme a la legislación vigente a la fecha de los hechos, como a la actualmente en vigor, retroactivamente aplicable como más ventajosa para los condenados. Resulta de plena aplicación lo argumentado en el fundamento quinto de esta resolución, al dar respuesta al motivo que también por infracción del artículo 318 bis formuló la representación Calixto . A lo allí expuesto nos remitimos para evitar innecesarias reiteraciones.

El motivo decae.

DÉCIMO CUARTO.- A continuación se formaliza un segundo motivo, que se identifica como el quinto de los anunciados, en el que se denuncia, a través del cauce de infracción de ley que viabiliza el artículo 849.1 LECRIM, la indebida aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 CP, reclamando su apreciación como muy cualificada.

El motivo va a prosperar, siendo de aplicación al caso las consideraciones expuestas al respecto en el fundamento sexto de esta resolución, al que nos remitimos para evitar innecesarias reiteraciones.

DÉCIMO QUINTO.- Se plantea un cuarto motivo, identificado como el segundo de los anunciados, que invoca los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECRIM para denunciar infracción de la garantía de presunción de inocencia.

El motivo afirma que no pueden sustentarse los hechos probados sobre las pruebas que describe, que considera son muy poco explícitas y altamente equívocas, por lo que entiende ha de prevalecer su derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Desde la óptica de análisis que nos corresponde ahora en casación, el motivo no puede prosperar. La Sala sentenciadora formó la convicción que trasladó al relato de hechos probados en atención una vez más al resultado de las intervenciones telefónicas respecto a los distintos terminales que el recurrente empleaba, en los términos que ratificaron los agentes de policía que intervinieron como testigo, o los seguimientos que permitieron detectar en trayecto realizado por el recurrente en el Opel Vectra NUM007 el 14 de Junio de 2008, tras recoger en el Centro Comercial DIRECCION014 de DIRECCION015 a la ucraniana Angelina y transportada al puerto de Valencia, con destino a Palma de Mallorca. Seguimiento corroborado por la declaración de esta última quien además, como también hiciera otra testigo, explicaron la intervención que respecto a las mismas tuvo Luciano , y muy en particular que le pagaron, en concreto Carmela mediante ingreso en una cuenta bancaria abierta a nombre del hijo de éste. Corroboran estos testimonios la constancia documentada en la causa, de ingresos en efectivo realizados en la cuenta que Luciano abrió a nombre de su hijo Cecilio , en una sucursal bancaria en la localidad de DIRECCION017 (Valencia). Ingresos que, se correspondan o no con los realizados por las citadas testigos, refuerzan su testimonio en relación al importe abonado, coincidente con el que la organización habitualmente reclamaba, y el método de pago.

En definitiva, una prueba de cargo que desvanece la queja que sustenta el motivo, que en consecuencia, va a decaer.

Recurso de D^a Filomena .

DÉCIMO SEXTO.- Como en el caso anterior, también el recurso formalizado en nombre de Filomena formaliza un primer motivo por infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM, que sin embargo identifica como el tercero de los anunciados, en el que denuncia la indebida aplicación del artículo 318 bis 1 CP. Y plantea un último motivo, por vulneración de la presunción de inocencia.

1. Respecto a esta acusada, el relato de hechos probados se limita a señalar: "La acusada Filomena (Eva), mayor de edad y sin antecedentes penales, natural de Axerbayán, sin que conste que perteneciera a la organización reseñada actuaba de mutuo acuerdo con su marido el acusado Cristobal , acogiendo y ayudando a súbditos ucranianos que llegaban a España de manera ilegal, facilitando la inmigración ilegal de los mismos; aprovechándose de los rendimientos económicos que Cristobal se procuraba con su actividad".

Considera la Sala de instancia que los hechos integran un delito del artículo 318 bis 1 y último párrafo CP. Apreciamos una cierta indefinición en el comportamiento descrito como para sustentar sobre el mismo una efectiva contribución a la entrada o tránsito de personas extranjeras en territorio español, vulnerando la legislación establecida al efecto. Ninguna referencia cronológica, ni especificidad respecto a cuál era su concreta aportación, ni en qué casos concretos se dio. Los verbos acogiendo y ayudando en cierta medida desvanecen la intencionalidad que el precepto reclama.

2. Si enfocamos su participación desde el punto de vista de la presunción de inocencia, de la mano del último de los motivos formalizados que denuncia la vulneración de esta garantía, las dudas se incrementan.



Explica la sentencia recurrida en su fundamentación jurídica, "Respecto a la prueba señala el fundamento segundo "La acusada Filomena ó Eva , reconoce en el Acto del Juicio Oral que atendía a algún viajero que su marido, el acusado Luciano , llevaba a casa, pero tratando de destacar en ella una intención meramente humanitaria al momento de atender y ayudar a las personas (reconoció que a tres personas), acudiendo al mercado a comprar alimentos...etc. Su intención lucrativa se evidencia pues participa de los beneficios económicos de la actividad del marido, reconociendo en el Acto del Juicio que "ella sacó el dinero y lo llevó a la casa, dándoselo a su marido; entendemos que lo sacó de la cuenta bancaria N° NUM008 ; que ambos abrieron a nombre del hijo común Cecilio ".

Es decir, la única prueba de cargo con la que el Tribunal contó y tomó en consideración, fue la declaración de la acusada admitiendo, sin reconocer los hechos, que atendió a tres personas que su marido llevó a casa, con actuaciones tales como "acudiendo al mercado a comprar alimentos". Dijo haberlo hecho por razones humanitarias. Partiendo de ese único dato como elemento de inculpativo, la inferencia que lleva a hacerla participe con una aportación consciente y relevante en un delito de inmigración ilegal, resulta demasiado abierta.

En los hechos que se declaran probados respecto a su esposo, no se concreta que este llegara a alojar en su domicilio a ningún inmigrante ilegal, lo que deja espacio a la posibilidad de que los que acogiera en su casa no lo fueran, y sobre todo dificulta articular una participación que se perfila como puntual y accesoria a la de él (ella solo ayuda a los que el marido lleva a casa). Por otro lado, que Filomena sacara dinero de la cuenta abierta a nombre de su hijo, en la que Cristobal recibía alguno de los pagos, no permite sustentar el ánimo de lucro que cualifica el comportamiento, cuando ninguna referencia consta a las veces que puso hacerlo o que cantidad de dinero extrajo. Lo que, si dijo, sin embargo, es que lo extrajo para entregárselo a su marido, sin que conste ni siquiera que éste lo empleara en gastos comunes.

Siendo así, la inferencia que el Tribunal contiene de la prueba de la que dispuso es demasiado abierta como para sustentar una condena. En atención a ello, el recurso que nos ocupa va a ser estimado.

Recurso de D^a Eugenia

DÉCIMO SÉPTIMO.- Plantea un primer motivo de recurso que a través del cauce que habilita el artículo 849.1 LECRIM, denuncia la indebida aplicación del artículo 318 bis 1 CP.

Como ocurriera con la anterior recurrente, a Eugenia se le atribuye una actuación desvinculada de la organización, y además en su caso, se excluye el ánimo de lucro.

Declara probado la sentencia recurrida que "La acusada Patricia , mayor de edad y sin antecedentes penales, natural de Ucrania, al momento de los hechos, era pareja sentimental del acusado Juan Francisco , mayor de edad sin antecedentes penales, natural de Palma de Mallorca. Eugenia residía en Palma de Mallorca en el año 2005, donde tenía su domicilio en la C/ DIRECCION020 , N° NUM015 , habiendo acogido en dicho domicilio el día 15 de Junio de 2008 a la ciudadana ucraniana Angelina , amiga de Ucrania desde hace años atrás sabedora Eugenia de las condiciones de ilegalidad e irregularidad en que Angelina había llegado, ayudándola a encontrar un trabajo, e incluso adelantándole ó prestándole una suma próxima de 2.500 €, que Angelina fué devolviéndole posteriormente con lo que obtenía con su trabajo de limpiadora o empleada de hogar que desarrollaba en el domicilio particular del acusado Clemente .

Asimismo, la acusada Eugenia , disponía de otra vivienda en C/ DIRECCION021 N° NUM016 de Palma de Mallorca, en el que ella ejercía la prostitución y hacía masajes, vivienda en la que residían alguna ó algunas otras mujeres, sin que se haya acreditado la identidad de las mismas, ni que Eugenia las hubiera obligado en modo alguno a prostituirse, así como que se haya lucrado con la supuesta prostitución de terceras personas.

El acusado Juan Francisco , conoció a Eugenia cuando ésta ejercía la prostitución, iniciando una relación sentimental de pareja con ella, habiéndose prestado a acompañar a Eugenia en su vehículo, hasta el Aeropuerto de Palma de Mallorca el día 25 de Octubre de 2008, para recoger a dos chicas, que nunca llegaron.

No queda acreditado que el acusado Juan Francisco interviniera en la actividad de prostitución que Eugenia desarrollaba, ni que se lucrara con la prostitución de Eugenia ó de terceras personas, cuya identidad nunca llegó a determinarse".

1. Desde la vinculación que el cauce casacional empleado nos impone con la secuencia fáctica proclamada como probada, la primera cuestión que emerge es la duda respecto al alcance de la contribución de la recurrente con la llegada y tránsito por el territorio español de su compatriota y amiga Angelina . Se trata de una actuación desvinculada de la organización a través de la que esta entró en España, limitándose Eugenia a alojarla en su casa, prestarle dinero para que saldara su deuda y proporcionarle un empleo. Todo ello impulsado



por un sentimiento de solidaridad basado en una previa amistad, que lleva a la Sala sentenciadora a excluir el ánimo de lucro.

Acotada en esos términos su contribución, más parece que la ayuda que la misma presta, aun a sabiendas de que se trata de una mujer que ha entrado en España de manera irregular, está orientada a garantizar su permanencia en nuestro país. Extremo que el propio Tribunal sentenciador percibe, aun sin extraer consecuencias del mismo, cuando en la fundamentación jurídica, tras valorar la testifical practicada, concluye " En virtud de lo expuesto, estimamos más adecuado incardinar la acción de ayuda y acogimiento, constándole la irregularidad e ilegalidad de la situación en España de Angelina , en la que se centra la acusación del M^a Fiscal, en el precepto básico del párr. 1 del Art. 318 bis del Cód. Penal, a pues la acusada ayudó intencionadamente a la mencionada Angelina , a transitar o permanecer en territorio nacional, pese a constarle que entró vulnerando la legislación vigente en la materia, sin constar que haya llegado a manifestarle de lucro alguno".

Sin embargo, transitar o permanecer son dos acciones con distinta proyección jurídica. Mientras que la ayuda sin ánimo de lucro a transitar podría encontrar encaje en la modalidad aplicada (artículo 318 bis 1, párrafo primero), la ayuda desinteresada a permanecer resulta atípica. El artículo 318 bis 2, condiciona la tipicidad en tales casos a la concurrencia de ánimo de lucro.

2. No contamos con referencia factual en la que ensamblar una posible contribución de Eugenia en la organización del viaje, o un acuerdo con quienes lo gestionaron. Tampoco la fundamentación fáctica arroja elementos valorables, aun contando con que nos está vedada una hetero integración de la secuencia fáctica, si lo es en perjuicio de la acusada.

La redacción por la que el Tribunal opta sugiere que incluso ese préstamo o adelanto de dinero que le proporcionó a Angelina para hiciera frente a la deuda asumida, pudiera haberse efectuado una vez la misma se encontraba en España. Y aunque fuera anterior, no se concreta que, al hacerlo, conociera ya Eugenia que la entrada en España sería contraviniendo la legislación que regula el acceso y tránsito de ciudadanos extracomunitarios.

3. En el fragmento de los hechos que relata la intervención de Luciano en relación al desplazamiento de Angelina hasta Valencia, donde embarcó hacia Palma de Mallorca, se hace referencia a sendos ingresos en metálico en a cuenta que el mismo abrió a nombre de su hijo para recibir los cobros por su clandestina actuación. Si bien ese dato supone un importante respaldo probatorio en relación a los cargos que sobre aquel pesan, dado el método de pago y el importe coincidente con el que la organización fijaba, no se llega a decir que los dos o algunos los realizara Angelina , quien ni siquiera consta que dijera que ingresó el dinero en el banco. Ambos son anteriores a su llegada. Uno sumamente alejado, pues tuvo lugar en el año 2006; el otro más cercano en el tiempo, datado el 4 de abril del año 2008, dos meses antes de que Angelina viajara. Parece demasiada antelación, o por lo menos la suficiente para descartar que precisamente ese abono pudiera haberse hecho por otra de las personas a las que Luciano ayudó a entrar o a transitar por España. Baste al efecto destacar que el 27 del mismo mes de abril, recogió y trasladó a tres ucranianos que entraron amparados en documentación falsa.

En conclusión, sea por la vía de infracción de ley, o a través de una revisión de la racionalidad de la inferencia desde la perspectiva de la presunción de inocencia, que el recurso también invoca en otro de los motivos, se impone un pronunciamiento absolutorio, sin necesidad de analizar los restantes motivos, dando lugar a la estimación del recurso.

Costas.

DÉCIMO OCTAVO.- La estimación total o parcial de todos los recursos analizados, determina la declaración de oficio de las costas de esta alzada (artículo 901 LECRIM).

DÉCIMO NOVENO.- Antes de concluir conviene matizar que la estimación parcial de los recursos interpuestos por Calixto , Cesareo y Cristobal , aun cuando lo han sido con la estimación de un motivo por infracción de ley, no extienden sus efectos ex artículo 3 al condenado Nazario que no recurrió la sentencia. Aun cuando existe similitud en los hechos que se le atribuyen, su situación frente a la duración del proceso no es equiparable, ya que, dado que tampoco recurrió la primera sentencia que se dictó, la STS 655/2018, de 14 de diciembre, que anuló la misma, salvó precisamente su vigencia, entre otros para él y para las dos condenadas que habían sido absueltas.

Tampoco alcanza a quienes llegaron a un acuerdo que propició su conformidad, que en nada se ha visto afectado.

FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

ESTIMAR los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de D^a Filomena y de D^a Eugenia contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 28 de junio de 2019 (Rollo 1014/13).

ESTIMAR PARCIALMENTE los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de D. Calixto, de D. Cesareo y de D. Luciano contra la referida sentencia y en su virtud casamos y anulamos la misma, dictándose a continuación otra de acuerdo con lo que acabamos de exponer.

Se declaran de oficio las costas correspondientes a dichos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la citada Audiencia Provincial a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: 883/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D.^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 12 de abril de 2023.

Esta Sala ha visto el sumario incoado por el Juzgado de Instrucción 4 de Málaga con el num 1/2010 y seguido ante la Sección 8^a de la Audiencia Provincial de Málaga y en cuyo procedimiento se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 28 de junio de 2019, y que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como queda expresado al margen.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo dispuesto en la sentencia que antecede y en relación a lo que en la misma se explica, la apreciación de la circunstancia calificada de dilaciones indebidas del artículo 21.6 CP obliga a una nueva individualización de la pena, en lo que concierne a Calixto, Cesareo y Luciano condenados como autores de un delito del artículo 318 bis 1, 3 y 6 CP. Dentro de las posibilidades degradatorias que faculta el artículo 66 1 2^a, operada sobre la pena determinada con arreglo a la modalidad atenuada que se aprecia,



estimamos adecuada la rebaja en un grado de la pena, lo que nos lleva a determinarla en 1 año y 8 meses de prisión, con las correspondientes accesorias.

Por otro lado, la estimación de los recursos interpuestos por Filomena y por Eugenia conlleva su absolución, con declaración de oficio de las costas de la primera instancia, y demás pronunciamientos favorables, incluidos los concernientes al comiso acordado.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Condenamos a D. Calixto , a D. Cesareo y a D. Luciano como autores de un delito del artículo 318 bis 1 y 3 CP, concurriendo la atenuante cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de 1 año y 8 meses de prisión, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo.

Absolvemos a D^a Filomena y a D^a Eugenia del delito del artículo 318 bis 1 CP por el que fueron condenadas, declarando de oficio la parte proporcional de las costas de la primera instancia.

Se ratifica en lo que no se oponga a lo ahora modificado, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sec. 8^a, Rollo 1014/2013) de fecha 28 de junio de 2019.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Ángel Luis Hurtado Adrián