

# INMIGRACIÓN ILEGAL. FALLECIMIENTO DURANTE TRAVESÍA MARÍTIMA DE CIUDADANOS EXTRANJEROS

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO  
*Fiscal*

**Palabras clave:** delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. inmigración clandestina. homicidio imprudente. prueba anticipada.

## ENUNCIADO

Puestos de acuerdo «AX», «BX» y «ZX», deciden obtener dinero realizando el traslado de ciudadanos extranjeros a España, desde un país subsahariano del que era natural uno de los citados, a cuyo fin y tras hacerse con una embarcación, tipo cayuco, y tras la obtención de una cantidad de dinero por persona, embarcan con destino a la península a 30 subsaharianos, que estaban indocumentados y con la finalidad de introducirlos ilegalmente en territorio español. Las referidas personas, mayores de edad, patroneaban la embarcación, pero sin ir provistos para esas personas de suficiente agua y comida, así como prendas de abrigo y chalecos salvavidas, que garantizaran la subsistencia y la seguridad de las personas que trasladaban a España, lo que provocó el fallecimiento de tres de las personas transportadas. Fueron interceptados por la Guardia Civil cuando tras alcanzar la costa mediterránea se disponían a abandonar la embarcación. Fueron realizadas las correspondientes diligencias penales por el Juzgado de Instrucción correspondiente, en las que declararon diversos testigos, entre los que se encontraban algunos de los extranjeros que viajaban en el cayuco. La prueba fue realizada de manera anticipada, ante su posible expulsión de España, en presencia del letrado de los imputados. Los testigos no comparecieron al juicio oral al haber sido expulsados de territorio español, aunque sí lo hicieron los policías intervinientes.

### CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Calificación de los hechos: homicidio imprudente, inmigración ilegal.
2. Prueba: alcance de la prueba testifical anticipada.

## **SOLUCIÓN**

1. La conducta de «AX», «BX» y «ZX» encaja en la práctica habitual de exigir una cantidad de dinero a diversas personas que quieren llegar a España y no lo pueden hacer de manera legal, valiéndose para ello de la existencia de estas personas que obteniendo pingües beneficios trasladan a estas personas, de manera insegura para su salud e integridad física, al no proveerles de lo necesario, pese al dinero que perciben por el traslado que realizan. Estas situaciones originan que en casos como el que se propone, existan situaciones en las que algunas de las personas transportadas fallezcan, ante la falta de los elementos necesarios para salvaguardar su integridad y su seguridad por medio de las personas que estando en la misma embarcación no se los facilitan. Puede pensarse, a la vista del caso que se propone, en la existencia de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis 1 y 3 del Código Penal, así como si se dan los elementos que son exigidos por la jurisprudencia para la apreciación del delito de homicidio imprudente.

En orden a determinar si existe un delito de imprudencia grave del artículo 142 del Código Penal, que castiga al que por imprudencia grave causare la muerte de otro, a las personas que transportan a bordo de una embarcación a personas indocumentadas a cambio de un precio, debemos referirnos a los siguientes aspectos. Desde el punto de vista conceptual, se ha dicho que para hablar de imprudencia grave ha de existir una omisión del deber de cuidado exigible a las personas menos cuidadosas, considerando que nos encontraríamos ante los supuestos más reprochables de las normas de cuidado, que no exige una representación mental de la infracción de las mismas por parte del sujeto, por lo que puede apreciarse en los supuestos de culpa consciente o con representación así como en los supuestos de culpa sin representación o inconsciente, mientras que la imprudencia leve, que constituiría una infracción penal constitutiva de falta, sería equivalente a la simple, que consiste en la ausencia del deber de diligencia esperable de las personas cuidadosas.

La imprudencia requiere como elementos:

- 1.º La realización de una acción u omisión sin la diligencia debida.
- 2.º Para los casos de una omisión (que se equipara a la acción), infracción de un especial deber jurídico del autor, a través de la existencia de una específica obligación legal o contractual de actuar o bien la creación de un riesgo concreto para el bien jurídico protegido. Especial posición de garante del sujeto activo.
- 3.º Que la muerte sea previsible, tanto desde un punto de vista objetivo, como subjetivo.
- 4.º La existencia de una relación de causalidad entre la acción u omisión imprudente y el resultado de muerte producido.

Es la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, lo que distingue la imprudencia grave y la imprudencia leve (STS de 30 de mayo de 2004).

En el texto del caso se observa como las personas que dirigen y patronean el viaje en la patera no entregan a las personas que dirigen a España ni chalecos salvavidas, ni tampoco agua y comida suficiente para aguantar la travesía sin riesgo para su seguridad y subsistencia, y que esto dio lugar a que tres personas fallecieran. Parece que el fallecimiento pudo deberse a la falta de la provisión de los medios suficientes para resistir una travesía, con frío y sin posibilidad de comer o beber lo suficiente. Es decir, como causa mediata del fallecimiento, tenemos esa carencia de recursos, ya que eran insuficientes, y eran «AX», «BX» y «ZX» quienes tenían el deber de aprovisionar adecuadamente la embarcación para la larga travesía que esperaban, de manera que se garantizase la subsistencia de todas las personas que habían pagado una cantidad de dinero para poder ser conducidos a la península.

Es claro que estos infringen ese deber de cuidado que puede ser considerado grave, pues pese al riesgo que suponía realizar la travesía marítima en esas condiciones aceptaron el riesgo de que alguna muerte se produjera, pues no llevaban comida ni otras cosas necesarias para un viaje largo en el que estaban implicadas más de 30 personas. No podía escapar al conocimiento de los organizadores del viaje que sería de una duración indeterminada y era peligroso, al tener lugar en alta mar, y que dependía mucho del estado de este, así como de la capacidad de orientación, pues no consta en el caso la existencia de aparato alguno que fuera destinado a esos fines. La relación de causalidad, requisito necesario, se produce de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, ya que con el comportamiento recogido se originaba un riesgo no permitido o bien se aumenta el riesgo permitido, y en ese ámbito precisamente es en el que se produce el resultado, no pudiendo entenderse como normal ese resultado concreto de acuerdo con un juicio de previsibilidad o probabilidad y, por tanto, consecuencia natural y adecuada de un comportamiento.

La acción u omisión no se puede achacar a una causa imprevisible o ajena al comportamiento de las personas que organizaron el viaje con ánimo de lucrarse económicamente, sino que son ellos los que crean el riesgo más allá de lo permitido y dan entrada al riesgo que causa el resultado de muerte, y que aceptan como posible, pese a que esas consecuencias sean fatales para algunos pasajeros de la patera. Resulta evidente que el viaje se realizaba en condiciones imprudentes, por el tipo de embarcación, el número de personas embarcadas, la falta de medidas de seguridad y de aquellas otras que aseguraran la subsistencia de las mismas, por eso las personas que organizaron el viaje serían responsables a título de imprudencia grave de tres delitos de homicidio por imprudencia grave del mencionado artículo 142 del Código Penal, que como se verá, sería objeto de imputación con un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en concurso ideal (SSTS de 16 de julio de 2002 y de 4 de julio de 2003).

En lo referente al delito contra el derecho de los ciudadanos extranjeros, concretamente el referido a la inmigración ilegal, debe decirse que el delito contemplado en el artículo 318 bis, fue introducido en el Código Penal, y protege el derecho que tiene todo inmigrante legal a alcanzar una plena integración social, evitando que se abuse de su situación de necesidad, seduciéndoles a cambio de cantidades de dinero, para ellos desorbitadas, a abandonar su país, en la creencia de que el otro al que se dirigen, les ofrece mayores posibilidades de bienestar, cuando la realidad es, que su condición de inmigrantes ilegales, les expone en la mayoría de los casos, a la marginación, el desarraigo, o la aceptación forzada de condiciones de trabajo, más desfavorables en ocasiones que las que tienen en

su país de origen. Todas aquellas conductas que consistan en promover, favorecer o facilitar ese tráfico ilegal de personas, se castigarán sin que se exija para su consumación, la acreditación de la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo, y siendo indiferente que el mismo haya prestado su consentimiento, al tratarse de un bien jurídico irrenunciable y no disponible.

Por su parte, el artículo 318 bis, apartado tercero, contempla un subtipo agravado, para el caso en que dichas conductas se realizaren con ánimo de lucro, entendiéndose por tal, cualquier provecho o utilidad de naturaleza económica, que se pretende obtener con el tráfico ilegal de personas, aplicándose en su mitad superior, la pena prevista en el mismo, no solo cuando concurre este ánimo de lucro sino también cuando además se hubiere puesto en peligro la vida, la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad. Se trata en definitiva (STS de 8 de octubre de 2007), de un «delito de mera actividad que se consuma por la realización de los actos de promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España. La conducta se describe, por tanto, de forma progresiva: promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; favorecimiento, integrado por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y facilitar, que viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y que, en el fondo, no es más que una modalidad de dicho favorecimiento. Podríamos decir que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su realización en condiciones de ilegalidad está incluida en la conducta típica».

En el supuesto del caso está claro que las personas favorecieron la travesía a España de extranjeros indocumentados. A estos efectos, es suficiente la participación en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplir la previsión normativa, por lo que pueden incluirse conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de esta, entre otras. En el supuesto del caso facilitan el medio de transporte, la patera, a cambio de dinero. Es irrelevante a esos efectos que consigan que la operación no se concluya por la intervención policial, como ocurre en el supuesto del caso, es decir, que son detenidos al llegar a la costa, pero sin exigir que se consiga llegar clandestinamente a territorio español (SSTS de 5 de febrero de 1998 y de 16 de julio de 2002). También resulta clara la aplicación del precepto agravatorio, pues no solo existe el ánimo de lucro, (ya que reciben un dinero, que no se concreta, pero que en todo caso da a entender la presencia de tal elemento), sino también el peligro que existe para la vida e integridad pública de las personas embarcadas en una patera, de dimensiones reducidas, sin elementos adecuados para aguantar físicamente la travesía en alta mar, así como sin elementos que pudieran garantizar la subsistencia ante posibles contratiempos como el frío, ya que no tenían prendas de abrigo, y tampoco prendas o chalecos salvavidas.

2. Cualquier proceso penal tiene como base fundamental la prueba, a través de la que deberá probarse los hechos que se imputan, y que permiten alzar la presunción de inocencia. En este caso, las declaraciones que se prestan, aparte de las propiamente realizadas por los guardias civiles que intervienen en los hechos, son las de las personas que son traídas a España, es decir, en este caso también víctimas de unos hechos que ponen en peligro su vida o integridad física. En estos casos, se ha dicho

que la ausencia de móviles de venganza o enfrentamiento, la verosimilitud de lo declarado, que se da cuando existen corroboraciones periféricas, así como la persistencia en el testimonio prestado y que además sea de manera firme son requisitos para que la sola declaración de la víctima pueda provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. A esto se debe añadir que las pruebas deben practicarse en el plenario, en cuanto garantía esencial del derecho de defensa, y con el cumplimiento de los principios que inspiran el proceso penal en esa fase, y entre ese derecho y la prueba que tiene la defensa, se encuentra el derecho a interrogar a los testigos, de manera que se pueda contradecir a los testigos, derecho que no puede ser desconocido por el tribunal. Sin embargo, cuando los testigos no puedan comparecer ante el tribunal en el juicio oral, si sus declaraciones son realizadas con las garantías debidas, estamos ante la denominada prueba preconstituida, prueba documentada, que puede tener entrada en el juicio oral al solicitarse por las partes la lectura o reproducción de las realizadas en el sumario, de acuerdo con el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), siempre que sean leídas para su correcta introducción en el debate, dando entrada al principio de contradicción. Además, en ocasiones se admite la prueba testifical en supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuando resulta imposible la reproducción en el juicio oral, pero siempre y cuando en el acto de investigación anticipada participe de los caracteres de la prueba, intervención de la autoridad judicial, posibilidad de contradicción, y respeto del derecho de defensa. Son supuestos previstos la imposible reproducción en el juicio oral, como sucede con el testigo fallecido, o en ignorado paradero, o que el testigo se encuentre en el extranjero cuando su comparecencia no pueda practicarse en el juicio oral. Igualmente, se admite como prueba testifical anticipada, de manera que el instructor pueda recibir declaración al extranjero, en previsión a que no pueda acudir al juicio oral, siempre que se realice a presencia del procesado y de letrado defensor, del fiscal o querellante en su caso (arts. 448 y 777.2 LECrim.). Deberá asegurarse el principio de contradicción, y documentarse en soporte apto para su reproducción ulterior, a través de la imagen o el sonido, o por acta autorizada, con expresión de los intervinientes, por el secretario judicial (SSTS de 25 de febrero de 1991, 22 de febrero de 1999, 16 de noviembre de 2004 y 28 de septiembre de 2005).

De acuerdo con lo expresado en el caso, sin perjuicio de lo que puedan decir las personas detenidas e imputadas, deberá tener trascendencia lo que puedan decir los ocupantes de la patera, aunque no sean todos, y si ellos manifiestan que eran «AX», «BX» y «ZX», los que conducían la embarcación, y prestan esa declaración a presencia de letrado de los acusados y de estos, y después son leídas en el juicio oral, pues la razón de la prueba anticipada era la posible expulsión de España en aplicación de la legislación de extranjería, lo que les haría ilocalizables. Se respeta el principio de contradicción y defensa y se realizó a presencia judicial, lo que permite que puedan ser tenidas en cuenta a la hora de dictar sentencia, valorando la prueba realizada, entre las que se encuentran las testificales anticipadamente realizadas (art. 714 LECrim.). Por tanto, una sentencia basada en las declaraciones de esos testigos no implicaría una vulneración de la presunción de inocencia, ya que fue realizada con todas las garantías exigidas, prueba de cargo que valora el juzgador a la hora de pronunciarse y que le permite alzar la presunción de inocencia que pudiera mantenerse.

En conclusión, los mencionados «AX», «BX» y «ZX», podrían ser condenados, a la vista de lo que resultará del juicio oral, como autores responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis 1 y 2 del Código Penal, en concurso ideal (art. 77 CP), con tres delitos de homicidio imprudente, del artículo 142 del mencionado texto legal.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Constitución Española, art. 24.2.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 448, 714, 730 y 777.2.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 77, 142 y 318 bis.
- SSTS de 25 de febrero de 1991, 5 de febrero de 1998, 22 de febrero de 1999, 16 de julio de 2002, 4 de julio de 2003, 16 de noviembre de 2004, 28 de septiembre de 2005 y 8 de octubre de 2007.