

## EL HALLAZGO CAUSAL EN UNA ENTRADA Y REGISTRO COMO PRUEBA DE CARGO

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO

*Fiscal*

**Palabras clave:** entrada y registro, hallazgo casual, registro de buques, inmigración clandestina, parentesco.

### ENUNCIADO

Un tripulante de un buque invita a su hermano y a un sobrino de él a embarcar, con el fin de trasladarlos a España, consciente de que carecían de documentación que permitiera la entrada regular en nuestro país. Los mantuvo, durante toda la travesía, ocultos en un camarote hasta que atracaron en el puerto de Algeciras.

Al existir sospechas de posible tráfico de drogas, un juzgado de Algeciras autoriza la entrada y el registro de la embarcación. Cuando los agentes de la policía efectúan la inspección del buque, en lugar de encontrar la droga que esperaban hallar, localizaron a las dos personas escondidas en el camarote, sin documentación, procediendo a la detención de todos ellos.

#### CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Se han vulnerado garantías constitucionales cuando, con ocasión de una entrada y registro que buscaba droga, se detiene a los extranjeros y al tripulante del buque, por un delito distinto contra los derechos de los trabajadores del artículo 318 bis del Código Penal?
2. ¿Es realmente delictiva la conducta del tripulante del buque?
3. ¿Es aplicable la circunstancia mixta de parentesco al caso?

## **SOLUCIÓN**

1. La primera de las cuestiones está planteando la licitud o ilicitud del llamado «hallazgo casual». En el curso de unas investigaciones por posible delito contra la salud pública, aparecen dos personas sin documentación que pretenden entrar ilícitamente en España. Se ha valido la policía de una orden judicial de autorización de entrada y registro para encontrar droga y, durante el transcurso de las investigaciones, se halla casualmente, ocultos en el camarote, a dos extranjeros que entran en España sin documentación alguna. ¿Este hallazgo casual es lícito? ¿Se pueden incoar diligencias penales por tal circunstancia no amparada, aparentemente, por el auto del juez?

La doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia concluye en considerar válidas estas pruebas. El hallazgo de otros datos incriminatorios de otros posibles delitos no es nulo, ni la prueba así obtenida vulnera garantías constitucionales de ningún tipo. Por tanto, se puede utilizar como prueba de cargo lo así obtenido. Hay otro dato importante a tener en cuenta en el hallazgo causal; a saber, que el delito sea flagrante. Es decir, cuando el hecho de encontrar a las dos personas en el camarote sea consecuencia de un delito flagrante, la prueba así obtenida es válida, y cuando sea de buena fe también es admisible. En todo caso, deviene como imprescindible comunicar el hallazgo a la autoridad judicial, por si fuera preciso continuar con el registro y renovar o acomodar a las nuevas circunstancias la autorización judicial.

Por otro lado, y en la línea de admitir la prueba de cargo, el auto de entrada y registro, aun cuando venga referido exclusivamente a la investigación de la existencia de droga en el buque y en ese auto no se haga referencia alguna a posibles delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, es lo cierto que el auto y el contenido del acta que documenta el registro efectuado no pueden contradecir los hechos probados por el mero hecho de que no hagan mención a la inmigración clandestina y sí, tan solo, a la búsqueda de droga. El hallazgo causal, tantas veces meritado, es prueba de cargo, que sirve para la acusación del delito que venimos mencionando. No hay, pues, error de apreciación o valoración de prueba.

2. En este apartado intentamos analizar si la invitación al hermano y al sobrino es constitutiva de delito o no. Al fin y al cabo no hay lucro, no hay intimidación ni engaño, no existe un abuso de situación de superioridad o de especial vulneración de las víctimas, no son menores de edad, no hay explotación sexual, etc. (art. 318 bis 2 y 3). Repasando los distintos supuestos contemplados en el precepto, no parece que la invitación al hermano o sobrino para trasladarlos a España esté contemplada en ninguno de los supuestos.

La respuesta se halla en la naturaleza jurídica del precepto en cuestión: la protección de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios y la protección de la libertad, seguridad y dignidad de los ciudadanos extranjeros, respecto de las acciones de tráfico ilegal o inmigración clandestina.

Por tanto, no se deben confundir los subtipos agravados del delito del artículo 318 bis, del Código Penal con el tipo básico del artículo 318 bis 1.º, y si bien es cierto que no cabe aplicar la

agravante específica del subtipo agravado, sí hacer más benévola la pena aplicando el párrafo 6.º de dicho artículo.

3. Lo anterior conecta con la tercera de las preguntas. Uno de lo viajeros ocultos es hermano y el otro sobrino. A primera vista el artículo 23 del Código Penal puede proporcionar una pista de atenuación de la responsabilidad penal en la conducta del tripulante. Evidentemente es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito que el agraviado sea hermano. Ahora bien, uno de los dos es hermano y el otro sobrino. En el precepto no se alude a sobrinos dentro de las circunstancias de posible atenuación de la pena por la naturaleza del hecho; por ello no cabe aplicar esta circunstancia mixta de parentesco. Obsérvese que el hecho es común a los dos y que la circunstancia mixta debe afectar a ambos viajeros. El hermano puede estar en el artículo 23; el sobrino no. El delito es único de inmigración clandestina. No hay tantos delitos cuando inmigrantes vengan en el buque.

Pero si bien es verdad que no encuentra acomodo el artículo 23 del Código Penal en el hecho, no lo es menos que la naturaleza menos grave del hecho por cómo se ha producido y la circunstancia de que ambos sean familiares del tripulante no puede pasar inadvertida. Entonces, si no aplicamos el artículo 23 para beneficiar al reo ¿no podemos tener en consideración el hecho de que el delito, tal y como se comete, es de menor gravedad?

Efectivamente, aquí está la cuestión. La norma se aplica al hecho y la sentencia que se ponga valorará, fundadamente, todas las circunstancias del mismo, las favorables y las desfavorables. Y así, como favorable, podemos afirmar que los viajeros son familiares, que no pagan, que no son engañados, que aprovechan su relación para trasladarse ilícitamente a España. No existe respecto de ellos abuso de ningún tipo y puede decirse que, no obstante no tener documentación alguna que avale su entrada en España, no hay especial repulsa a acción, entendiendo que la protección del bien jurídico está más en la línea de la seguridad del Estado en el control de los flujos migratorios que en la protección de la dignidad de la persona o del trabajador.

En consecuencia, el párrafo 6.º del artículo 318 bis nos puede ayudar a mitigar el rigor de la sanción penal por una conducta que, siendo inequívocamente delictiva dentro del artículo 318 bis. 1.º de Código Penal, es menos grave, atendiendo a la naturaleza del hecho, su gravedad, las circunstancias concurrentes y la finalidad pretendida por el culpable, que, como bien puede pensarse, no es tan reprochable, pues se trata de su hermano y sobrino, respecto de los cuales no se predicen motivos espurios.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 23 y 318 bis.
- SSTS 1990/2002, de 29 de noviembre, 1093/2003, de 24 de julio, 57/2004, de 22 de enero, 885/2004, de 5 de julio y 1465/2005, de 22 de noviembre.