

UNIVERSIDAD DE A CORUÑA
GRADO EN DERECHO
CURSO 2013/2014

**Informe sobre cuestiones marítimas, transfronterizas
y otros problemas jurídicos**

Tutor: Prof. Dr. José Joaquín Vara Parra
Alumna: Fátima Iglesias Márquez

ÍNDICE

	<u>págs.</u>
• Informe I.....	1-25
• Informe II.....	26-38
• Informe III.....	39-44
• Informe IV.....	45-48
• Informe V.....	49-55
• Anexo.....	56-93
• Bibliografía.....	94-95

ANTECEDENTES DE HECHO

El 30 de diciembre de 2013, el Servicio Marítimo de la Guardia Civil de la Provincia de A Coruña intercepta a 50 millas de la costa gallega un buque, con denominación “Pobre Mitrofán”, portando pabellón español. La propietaria del mismo es Sousa-Holstein S.A., una empresa cuyo objeto social que consta en el Registro Mercantil es la fabricación y distribución de conservas y congelados. El buque fue apresado por las Autoridades al sospecharse de la realización de actividades de contrabando, constitutivas de delito en el Código Penal. Acto seguido, durante la inspección del barco se encuentra material objeto de contrabando, concretamente 2.000 cajetillas de tabaco, pero también se advierte la presencia seis nacionales de España, cuatro de Dinamarca, cuatro de Burkina Faso, dos de Perú y dos de Filipinas. Ninguno de ellos porta documentación, salvo los españoles y daneses. La Guardia Civil inicia las actuaciones correspondientes llevando a los españoles a la autoridad judicial mientras que el resto de tripulación es entregado a la Policía. A continuación, se procede a la valoración sobre la legalidad de la actuación llevada a cabo por las autoridades españolas con el Buque Mitrofán, su carga y sus tripulantes.

ANÁLISIS JURÍDICO

España es un Estado ribereño y, por tanto, extiende su soberanía más allá de sus límites terrestres y de sus aguas interiores. Pero la cuestión que se suscita a continuación, es la de la extensión geográfica de su soberanía. A este efecto, conviene examinar las distintas zonas marítimas existentes:

Siguiendo el orden más próximo a la costa española, se encuentra inicialmente el mar territorial con una anchura de 12 millas náuticas (22,2 km) desde la línea de base.; representa el territorio sumergido de España sobre el que tiene la misma soberanía que en la zona terrestre (soberanía exclusiva) con vistas a mantener su seguridad y proteger sus legítimos intereses. Esta soberanía tiene una limitación, el llamado “derecho de paso inocente” entendiéndose como tal la libertad de tránsito que tienen por esa zona marítima los barcos de los demás Estados mientras no implique una amenaza para la paz, el orden público y la seguridad del Estado español. Esa soberanía de 12 millas encuentra su regulación internacional en la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (CDM o Convemar) aprobada el 30 de abril de 1982 en Nueva York, pero que no entró en vigor hasta el 16 de noviembre de 1994, así como la *Convención de Ginebra sobre mar territorial de 1958*. En virtud de la plena soberanía estatal sobre esta concreta zona marina, si el buque “Pobre Mitrofán” se encontrase en el mar territorial no tendría derecho de paso, por constituir una amenaza nacional al estar involucrado en un caso de contrabando (concretamente unas 2.000 cajetillas de tabaco – art. 19.2 g Convemar) así como tráfico ilícito de migrantes (art. 19.2.1 Convemar) por lo que España posee competencia directa en materia penal y fiscal para la detención y posterior enjuiciamiento de estos hechos (art. 27.1 a y b Convemar).

A continuación, desde la línea de base hasta una extensión de 200 millas náuticas nos encontramos la Zona Económica Exclusiva (*La zona económica exclusiva no se extenderá más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial -art. 57 Convemar-*). A este respecto, la Zona Económica Exclusiva entra dentro del concepto de “alta mar” ya que “[...] se entenderá por alta mar la parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado”. Por tanto, cuando en el presente trabajo nos refiramos a alta mar, la ZEE quedará englobada en dicho término¹.

¹ Art. 1 Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958.

Concretamente, la Zona Económica Exclusiva tiene una distancia específica de 188 millas, si descontamos la anchura del mar territorial². Es decir, es un área marina posterior al mar territorial y adyacente a éste (art. 55 Convemar). Dentro de dicha zona marítima debe diferenciarse la zona contigua, cuya longitud es de 12 millas más próximas al mar territorial: se trata de un espacio marino adyacente al mar territorial configurado para prevenir y sancionar las infracciones de las leyes en materia de aduanas, fiscal, inmigración o sanidad (art. 33.1 Convemar). Por tanto, si el buque “Pobre Mitrofán” se encontrase en dichas 12 millas podría sancionarse la actividad de contrabando de tabaco siempre que supusiese simplemente una infracción administrativa y no fuese constitutivo de delito. Sin embargo, el presunto tráfico ilegal de migrantes no es encuadrable en una infracción administrativa, ya que el artículo 318 del Código Penal lo tipifica como delito. Así, si tenemos en cuenta la Zona Económica Exclusiva en toda su extensión (188 millas), la *Convención sobre Derecho del Mar de 1982* no atribuye soberanía al Estado ribereño para poder intervenir en el caso que se está analizando, simplemente se limita a establecer unas determinadas competencias concretadas en *derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar; y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos*³. Además, esto queda concretado en la Ley 15/1978 al reservar la materia de pesca a los nacionales españoles y a aquellos extranjeros que la han estado realizando de forma habitual (art. 3.1). Dicha actividad pesquera se ejercerá en la Zona Económica Exclusiva de acuerdo con el desarrollo normativo constituido por el artículo 4.1.a.1º y siguientes de la *Ley 3/2001 de Pesca Marítima del Estado*. Sin embargo, ninguna de las disposiciones normativas mencionadas hasta el momento aclara la cuestión acerca de las competencias españolas en el caso que se está analizando; por lo que es necesario analizar pormenorizadamente cada una de las actuaciones que se llevaron a cabo por parte del Estado español e identificar su concreta base jurídica.

1. VALORACIÓN DE LA COMPETENCIA Y ACTUACIÓN DEL SERVICIO MARÍTIMO DE LA GUARDIA CIVIL

Para ello, es preciso determinar primeramente si el Servicio Marítimo de la Guardia Civil es el competente para efectuar dichas actuaciones. Así, tras avistar el buque a una distancia de 50 millas, se dio orden a los Agentes de la Guardia Civil para que lo inspeccionasen después de tener la sospecha de que la empresa para la cual operaba en el mar estaba cometiendo un posible delito de contrabando.

El Servicio Marítimo de la Guardia Civil tiene fijadas sus competencias en las aguas españolas hasta el límite del mar territorial en el artículo 11.2.b de la *Ley 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*. Para extender su competencia más allá de las 12 millas hay que remitirse al artículo primero del Real Decreto 246/1991 que regula las atribuciones a este cuerpo militar y expresa *se ejercerán en las aguas marítimas españolas hasta el límite exterior del mar territorial determinado en la legislación vigente y excepcionalmente, fuera del mar territorial, de acuerdo con lo que se establece en los tratados internacionales vigentes*. Y precisamente, teniendo en cuenta los instrumentos internacionales existentes podemos extraer las siguientes competencias:

El *Convenio sobre Derecho del Mar*, faculta para investigar y detener a personas a bordo de un buque extranjero para la represión del contrabando (art. 27.1.d). Esta competencia se predica respecto de buques cuya nacionalidad es de un tercer Estado, por lo que, para amparar la actuación

² Art. 1 Ley 15/1978, sobre Zona Económica.

³ Art. 56.1.a Convemar.

de la Guardia Civil al caso concreto, es necesario remitirse al artículo 108, en el que, en su apartado primero, establece un compromiso internacional para adoptar medidas de represión contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, permitiendo a España tomar medidas en alta mar, así como solicitar la cooperación de otros Estados, cuando tenga una sospecha fundada de que buques nacionales españoles se dediquen a actividades de contrabando.

Existe un derecho de persecución reconocido en el Convenio cuando un buque extranjero cometa infracciones de las leyes y Reglamentos de ese Estado. El sujeto activo de la persecución es el Estado, que la ejecutará únicamente a través de buques de guerra, aeronaves militares u otros buques o aeronaves al servicio del gobierno o que hayan sido autorizados a ese fin. La persecución puede iniciarse por todas las zonas marítimas en las que el Estado perseguidor ostenta plena soberanía, es decir, hasta el mar territorial. Pero es posible extender ese derecho de persecución más allá de las 12 millas siempre que la persecución no se hubiese interrumpido desde su inicio en aguas jurisdiccionales. Por tanto, el derecho de persecución que inicien las Autoridades de ese Estado engloba la Zona Económica Exclusiva, que es la que estamos analizando, sin embargo, sólo se prevé la persecución sobre aquellos barcos que no portan la nacionalidad del Estado perseguidor. Por lo que para resolver la cuestión del “caso español” debemos ahondar en el articulado de diferente normativa supranacional.

Así, cabe señalar que la competencia de la Guardia Civil española comienza amparándose en un principio universal de origen consuetudinario que estaba plasmado anteriormente en la Convención de 1958 (art. 6.1), en el *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988* (art. 6.1.a), en el *Acuerdo de 1995 sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención sobre el Mar* (art. 18 y 21) y que actualmente se recoge en la *Convención sobre Derecho del Mar de 1982*, cuyo artículo 92 prescribe que los *buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos, en la alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado*. Este principio de sometimiento a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón enlaza con un principio de responsabilidad del Estado, ya que se crean derechos y obligaciones para el Estado español, mientras se impone al resto de países la obligación de abstenerse a través del principio de no intervención en base a la soberanía exclusiva que el Estado tiene sobre el buque (la relación España - “Pobre Mitrofán” se manifiesta, de modo fáctico, a través de la bandera que enarbola y, de modo jurídico, a través de la nacionalidad que consta en el Registro). Y esto implica fundamentalmente que es a España a quien le compete tomar las medidas necesarias, materializándose a través de sus Autoridades, para evitar que el buque “Pobre Mitrofán” realice actividades que provocarían una importante alteración del orden fuera de las aguas jurisdiccionales, habida cuenta de que el tráfico ilícito de estupefacientes está considerado como uno de los delitos transnacionales más graves y preocupantes en toda la comunidad internacional. Y no es para menos teniendo en cuenta que estos actos son violaciones muy graves de las normas del Derecho Internacional imperativo, también denominado *ius cogens*.

Ha sido objeto de discusión durante bastante tiempo la delimitación de competencias de la Guardia Civil y del Servicio de Vigilancia Aduanera. El primer Cuerpo depende del Ministerio del Interior mientras que el segundo es dependiente del Ministerio de Hacienda. Son dos Cuerpos independientes y con diferente régimen, militar y civil, respectivamente. La cuestión se difumina debido a la cantidad de legislación que regula dichos Cuerpos y que se encuentra muy dispersa por todo el ordenamiento jurídico, por lo que se hace difícil conocer el alcance de sus competencias y su delimitación precisa.

Pues bien, como ya se ha explicado anteriormente, quien es competente propiamente como tal es la Guardia Civil mediante el Servicio Marítimo mientras que las funciones que posee el Servicio de Vigilancia Aduanera las ejerce como órgano simplemente colaborador, según se desprende de la Disposición Adicional Primera de la *Ley 12/1995, de represión del contrabando*, al expresar que *El Servicio de Vigilancia Aduanera, en la investigación, persecución y represión de los delitos de contrabando, actuará en coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y tendrá, a todos los efectos legales, carácter colaborador de los mismos.*

Esto es, la competencia auténtica en materia de contrabando por vía marítima la seguirá ejerciendo la Guardia Civil (como Resguardo Fiscal del Estado -art. 2.6 Real Decreto 319/1982-) y el Servicio de Vigilancia Aduanera le ayudará, gracias a las funciones que la ley le atribuye, aunque en calidad de colaborador, desempeñando un papel de apoyo o auxilio: *Las autoridades, los funcionarios y fuerzas a quienes está encomendada la persecución y el descubrimiento del contrabando continuarán desempeñando sus cometidos, con los derechos y facultades que, para la investigación, persecución y represión de estas conductas, han venido ostentando desde su creación.* Y son las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los que pueden actuar por sí mismos en la materia, como consecuencia de que son los únicos competentes en materia de Seguridad Pública al corresponderle *el ejercicio de las potestades administrativas previstas en esta Ley, con la finalidad de asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas*” (art. 2 LO 1/1992).

Conviene advertir que, aunque la Guardia Civil tenga competencias propias en la materia, también está facultado el Cuerpo Nacional de Policía para investigar delitos de contrabando, si bien es cierto que para investigarlos no puede ir desplazándose por mar. Además, la Guardia Civil está facultada para recabar información y contactar con otros servicios homólogos tanto nacionales como internacionales con vistas a una mayor eficacia en la lucha contra este tipo de delitos⁴. Así lo contempla también la *Convención sobre el Mar de 1982* cuando habla de la colaboración entre los Estados para la represión del contrabando (artículo 108).

Después de haber explicado la competencia de la Guardia Civil a grandes rasgos, es necesario ajustarla específicamente al caso concreto para entender que su actuación ha sido totalmente correcta. Y, para ello, hay que retroceder al artículo 92 de la *Convención sobre el Mar* que contiene el principio de jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón. El buque “Pobre Mitrofán” está sometido a 50 millas a la jurisdicción española. Ahora bien, ¿Cómo justifican las Autoridades policiales la entrada física dentro del buque para inspeccionarlo? No consta que tuviese el consentimiento del capitán ni que hayan solicitado autorización judicial para abordarlo, ¿Era necesaria?

Para responder a estos dos interrogantes, procede comenzar afirmando que en virtud del principio de sometimiento a la jurisdicción española el buque se considera a estos efectos español. Pero, aunque tenga nacionalidad española, estamos ante un barco privado, cuya propiedad recae en la empresa “Sousa-Holstein S.A.” Habrá que examinar entonces si era necesario haber pedido autorización judicial para inspeccionarlo. El punto de partida nos conduce al domicilio, término bastante difuso en el ordenamiento jurídico español que ha sido delimitado por la Jurisprudencia.

El artículo 18 de la Constitución reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental protegiéndolo frente a posibles intromisiones por parte de terceros⁵. Lo que se pretende

⁴ Disposición Adicional Primera LO 12/1995.

⁵ Además ostenta rango internacional al ser reconocido en el art. 12 DUDH.

es que cualquier ciudadano pueda defender los espacios físicos en los que desenvuelve su intimidad personal y familiar, también protegida en el artículo 18. El domicilio constituye, pues, un instrumento o vehículo a través del cual se intenta proteger la intimidad para el libre desarrollo de la personalidad lo que supone distanciarse respecto al artículo 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Éste reconoce estos derechos en conjunto, constituyendo una unidad mientras que nuestra Norma Fundamental les confiere un tratamiento autónomo, de forma propia y diferenciada (por un lado intimidad personal y familiar⁶ y por otro inviolabilidad del domicilio⁷). El ámbito de la inviolabilidad del domicilio abarca tanto la exclusión del conocimiento ajeno como las intromisiones de particulares o de las Autoridades del Estado con la finalidad de que la persona y su familia ejerzan su libertad más íntima conforme a los usos y convenciones sociales (STC 119/2001, de 19 de mayo, FJ 6º). De ello se deduce que el domicilio, en el sentido de la Constitución, no sólo es el lugar donde se pernocta habitualmente con cierta permanencia o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad⁸. Queda claro que no sólo la habitación en la que descansa una persona está protegida y así se desprende de los artículos 546 y 547.3 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, al requerir autorización judicial para la entrada en aquellos lugares cerrados que no constituyen domicilio en el sentido de habitación⁹. En la Sentencia de 16 de diciembre de 1992, caso Niemietz c. Alemania, se afirma que “en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros, las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de la actividad privada de cualquier persona, física o jurídica, deben tener un fundamento legal y estar justificadas por los motivos previstos en la ley y que esos sistemas proporcionan, por tanto, con diferentes modalidades, las intervenciones de protección de la cara arbitraria o desproporcionada. La necesidad de esta protección debe ser reconocida como un principio general del Derecho comunitario”. Por tanto, “no puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto que está en conformidad con la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, seguridad pública, el bienestar económico del país, en defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

Ahora bien, hay que analizar si un buque también está protegido por el artículo 18 de la Constitución. Los tribunales determinan que no todo buque es considerado domicilio, sino sólo aquél que sea un espacio apto para que los sujetos desarrollen su vida privada debido a que el núcleo de este derecho es la morada de las personas como expresión de su derecho a la intimidad. Aquellos buques que, por sus características y funciones, no sean indicativos de poseer condiciones para la habitabilidad (por ejemplo, un barco pesquero¹⁰, no pueden considerarse domicilio con protección constitucional.

El criterio que siguen los Tribunales para determinar si un buque goza de protección constitucional no es en función del tamaño ni la clase de buque sino que responde a un criterio finalista. La valoración consiste en observar qué fin concreto o uso específico se le da al buque, si se desarrolla en él la esfera privada de una persona. La STS 624/2002, sostiene que “...una embarcación puede constituir la morada de una o varias personas cuando la utilicen como reducto de su vida privada, pues sin duda en ocasiones están construidas de forma que algunas de sus dependencias, como los camarotes, resultan aptas para que en las mismas se desarrollen conductas o actividades propias de

⁶ Art. 18.1 CE.

⁷ Art. 18.2 CE.

⁸ STC 94/1999, de 31 de mayo.

⁹ Según el TEDH la autorización judicial es una legalidad que implica una condición de respeto a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el art. 8.1 del CEDH.

¹⁰ STC 103/2002, de 17 de junio.

áreas de privacidad, pero resulta dificultoso extender el concepto de domicilio en todo caso a otras zonas de aquélla”, viene a expresar la postura que mantiene el Tribunal Supremo de distinguir entre zonas comunes y zonas privadas¹¹. Éstas últimas serían las zonas constitucionalmente protegidas por el artículo 18 (STS 1200/1998, de 9 de octubre) mientras que las zonas comunes no gozan de defensa constitucional al destinarse, en virtud del criterio de finalidad antes mencionado, a fines distintos de los propios del domicilio (como la cubierta o las bodegas, utilizadas éstas para almacenar la mercancía), aunque sean zonas en las que el titular del barco pueda excluir la presencia de personas ajenas.

Teniendo en cuenta el caso concreto, cuando la Guardia Civil avistó la embarcación a unas 50 millas, inició la salida del puerto de Burela con el fin de inspeccionar la nave después de tener sospechas fundadas de que se dedicaba a actividades de contrabando. Una vez allí, el Servicio Marítimo de la Guardia Civil interceptó el barco y se adentraron en el mismo sin tener autorización judicial. Dentro del buque se encontraban seis españoles y cuatro daneses, confirmándose su nacionalidad mediante la documentación que llevaban; ocho personas extranjeras que no portaban ningún tipo de documentación así como la existencia de 2000 cajetillas de tabaco.

En el supuesto no se puede cuestionar la intervención de la Guardia Civil sin la autorización judicial argumentando vulneración del artículo 18 ya que estamos ante un caso de flagrante delito. Era necesaria una actuación rápida para evitar la posible impunidad del delito por lo que la ausencia de autorización judicial estaría justificada al concurrir flagrante delito.

2. INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA POR CONTRABANDO DE TABACO

El material incautado fue aprehendido por los Agentes para su análisis en virtud del artículo 5.1 a) de la *Ley de represión del contrabando*, al ser objeto de un posible delito de contrabando por la cantidad voluminosa de mercancía encontrada¹². Aunque por su apariencia fuese solamente infracción administrativa, los Agentes también están facultados para su aprehensión cautelar mientras no se inicie el procedimiento administrativo correspondiente¹³.

Posteriormente, a la Administración Aduanera e Impuestos Especiales dado que la competencia de esta última -art. 16 RD 1649/1998- en consonancia con el art. 22.3 del mismo) le corresponde iniciar el correspondiente procedimiento. Se trata de mercancía de lícito comercio pero sin cumplir los requisitos legalmente establecidos ya que ha sido ocultada en el buque con la finalidad de su no presentación en los lugares habilitados de la Administración aduanera¹⁴. La cantidad analizada está formada por 2.000 cajetillas de tabaco, no superando el límite legal máximo para ser considerado delito. Dicho límite son 15.000 euros aplicándose a los cigarrillos al considerarse labores de tabaco (art. 11.1 Ley 12/1995) tal y como así afirma el artículo 2.1 a) de la *Directiva 2011/64/UE, de 21 de junio de 2011 sobre la estructura y los tipos de impuesto especial aplicados a las labores del tabaco*. La Administración de Aduanas e Impuestos Especiales (art. 13.1 Ley 12/1995, teniendo en cuenta el artículo 16 del RD 1649/1998¹⁵) tiene que proceder a la apertura de un procedimiento sancionador al Capitán del buque (art. 618.3º Código de Comercio) por infracción muy grave al sobrepasar los 7.200 euros, concretamente fueron 9.200 euros. La valoración del contrabando se realizó conforme al precio oficial que tiene el tabaco en España (art. 10 Ley 12/1995), tomando

¹¹ STS de 20 de septiembre de 2000.

¹² Art. 2 Ley 12/1995, modificada por la Ley 6/2011.

¹³ Art. 14.2 Ley 12/1995.

¹⁴ Resolución 14 de noviembre de 2011 del Tribunal Económico-Administrativo Central.

¹⁵ Así como la Resolución de 10 de febrero de 1999 de la Presidencia de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

como referencia la *Resolución de 7 de marzo de 2014, de la Presidencia del Comisionado para el Mercado de Tabacos, por la que se publican los precios de venta al público de determinadas labores de tabaco en Expendedurias de Tabaco y Timbre del Área del Monopolio*, resultando una cantidad final de 9.200 euros.

Teniendo en cuenta las características que reviste la infracción, la Administración Aduanera impone una sanción proporcional al valor de lo incautado de 225% de los 9.200 euros (en los que se calculó el valor actual de mercado del tabaco)¹⁶, ascendiendo a 20.700 euros.

3. DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES

Durante la inspección, estaban presentes ocho extranjeros sin ningún tipo de documentación. Se procede a analizar a continuación la posible existencia de un delito de tráfico de migrantes.

Dicha figura delictiva está prevista en el artículo 318 bis del Código Penal consistiendo en acciones que de alguna forma contribuyen a la entrada, tránsito o salida de extranjeros de forma irregular con destino a España o a otros países siempre que atraviesen el Estado español. En sentido amplio, es un delito que ha preocupado en el plano supranacional a los organismos internacionales así como a los propios Estados, ya que este hecho se adentra en su propio ámbito de competencias, afectando a la soberanía del Estado al tener competencia exclusiva en materia de “nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo” (art. 149.1.2º CE) derivada del artículo 13.1 de nuestra Norma fundamental que declara que *los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*.

El *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire* (en adelante, el Protocolo) que complementa la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* constituye el primer texto normativo que regula y define de forma extensa el tráfico ilícito de migrantes. Aunque debemos recordar que anteriormente hubo instrumentos internacionales que hicieron alguna referencia a este fenómeno, aunque de forma superficial. Entre otros destacamos la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 e, incluso, se ha instado a los Estados a mejorar legislativamente los procedimientos para perseguir estos delitos¹⁷.

Partiendo de la base de un aumento considerable de los movimientos migratorios a nivel mundial, los Estados se han visto obligados a intervenir a través de mecanismos políticos, jurídicos, sociales y económicos para realizar una labor de integración de las personas dentro de las fronteras del Estado pero también para regular los flujos migratorios a través de la planificación y establecimiento políticas migratorias¹⁸. En este sentido, la Unión Europea pretende no ser ajena a este fenómeno por dos razones: porque le afecta considerablemente ya que es hacia el continente europeo donde avanza este fenómeno y, además, tiene como uno de los principios básicos cooperar y ayudar a sus Estados miembros para que no se vean desbordados si las medidas legislativas del país no funcionasen, lo que explica notoriamente la adopción de la Convención y su Protocolo, cuyo contenido es desgajado a continuación.

¹⁶ Art. 5.2.a.1º RD 1649/1998.

¹⁷ Resolución 48/102 sobre Prevención del tráfico de indocumentados adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1993.

¹⁸ Nota del Secretario General sobre la Introducción clandestina y la trata de personas y la protección de sus derechos humanos, E/CN.4/Sub.2/2001/26, de 5 de julio de 2001 que expresa “que el aumento de la migración, por causas positivas y negativas, significa que prácticamente todos los Estados ya son o llevan camino de ser países multiétnicos, multiculturales, multirreligiosos y multilingües”.

El Protocolo pretende dar un enfoque amplio e internacional para combatir de forma eficaz este tipo de figura delictiva mediante el aumento de la cooperación, la transmisión de información interestatal y la protección plena de los extranjeros como sujetos pasivos de este tipo de movimiento transfronterizo en el que, no olvidemos, media un beneficio económico importante¹⁹. El Protocolo busca castigar cualquier ayuda a la entrada ilegal en un Estado parte distinto del país de origen del extranjero. Es decir, se prohíbe el desplazamiento ilegal de extranjeros de un país a otro, en virtud del carácter transnacional del Protocolo. Ese desplazamiento ilegal se produce, tal y como expresa el artículo 3.b, mediante [...] *el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor*. Nos estamos refiriendo a la vulneración de la normativa estatal de extranjería que regula la entrada en España para aquellas personas no nacionales, o lo que es lo mismo, aplicable a todas aquellos que no gozan de residencia permanente en España.

Como se ha dicho antes, este tipo de actividad se efectúa principalmente con un ánimo de lucro, al pretender la obtención (directa o indirectamente) de una ganancia patrimonial, pero es cierto que en ocasiones tiene una finalidad no económica, como puede ser la introducción de drogas.

En cuanto a la tipificación, el Protocolo insta a los Estados parte a incluir como figura delictual en su normativa penal aquellas acciones que faciliten el tráfico ilícito de migrantes, conforme al artículo 6.2 y exime de responsabilidad penal a los extranjeros objeto del tráfico (art. 5). Esta tipificación ha sido establecida en la legislación española, explicada a continuación.

El *Código Penal* vigente da una respuesta jurídico-penal completa y específica para combatir el tránsito transnacional de personas, lo que podemos denominar “principio de intervención mínima del Derecho Penal”. Estamos ante un delito ocasionado en torno al conocido y, ya habitual, fenómeno de la migración internacional. La mala situación de sus países unido a la esperanza por encontrar un futuro para ellos y su familia, ha propiciado un aumento considerable desde hace unos años a la actualidad de los migrantes que deciden cruzar la frontera (en nuestro caso por vía marítima) teniendo como destino principal España o ser éste un lugar “puente” hacia el resto de países que conforman la Unión Europea. En nuestro supuesto, los migrantes podían pretender llegar a España como destino único desde sus lugares de origen o puede ser que fuese simplemente un lugar de tránsito. La tipificación de este delito se realiza en parte, con el propósito de prevenir y reprimir la puesta en peligro de las personas extranjeras e impedir la posible vulneración de sus derechos e intereses. Así, en el caso de que se considere que los extranjeros pueden estar siendo objeto de un delito de tráfico ilícito, sería de aplicación el artículo 318 bis del Código Penal cuyo tipo básico aparece expresado en el párrafo primero estableciendo que *El 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, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.*

Si perfilamos esta figura delictual podemos extraer unas notas caracterizadoras del mismo, teniendo básicamente tres rasgos identificativos: primero, es un delito con un peso geográfico ya que tiene siempre carácter transnacional al ser una actividad de ayuda, gestión o control del desplazamiento geográfico de personas de un lugar a otro de forma irregular evitando cualquier tipo de control estatal de fronteras. Segundo, se trata de una nueva manera de explotación de extranjeros por cuanto éstos son expuestos a un peligro o lesión de sus derechos durante el tiempo que dura el trayecto. Y tercero, tiene una finalidad principalmente económica para los sujetos activos del traslado, esa rentabilidad adquiere forma mercantil manifestándose en la existencia de contraprestación por parte de las personas trasladadas.

¹⁹ Apartado 9 Declaración del Milenio, aprobada por Resolución 55/2 de la Asamblea General de septiembre de 2000.

Este delito se explica más detalladamente en los siguientes párrafos al mismo tiempo que se muestra la diferenciación del delito de tráfico ilícito de migrantes con otras dos figuras delictivas: trata de seres humanos e inmigración clandestina.

Así, el tráfico ilícito de migrantes se distingue de la trata de seres humanos²⁰ como dos delitos diferenciados que tienen una distinta finalidad. El tráfico ilícito de migrantes persigue la introducción (o salida) de extranjeros de forma irregular, siempre en un ámbito transnacional, para obtener a cambio un beneficio económico mientras que la trata no termina con la llegada de las personas al lugar donde son trasladadas (a otro Estado -carácter transnacional- o desplazadas de un lugar a otro dentro del mismo Estado) sino que se prolonga con la explotación continuada de las mismas. Es relevante aquí la definición de trata recogida en la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, artículo 3.a [...] *la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como45 mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.*

Puede tratarse de explotación sexual, laboral o realización de actividades que impliquen servidumbre o esclavitud. En este tipo de figura delictiva el consentimiento no existe por parte de la víctima o, si existe, no es válido por obtenerse bajo el empleo de la coacción, el engaño, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, la fuerza o el abuso por parte de los sujetos “traficantes”. Por el contrario, en el tráfico ilícito de migrantes se realiza obteniendo previamente el consentimiento de las víctimas aun cuando se realice el trayecto en condiciones peligrosas o degradantes²¹.

La trata de seres humanos está catalogada como una de las infracciones más graves a nivel mundial por incidir más directamente en la esfera de los derechos humanos (el bien jurídico protegido lo constituye la dignidad de la persona, su libertad, su integridad física y moral y libertad sexual) e, incluso, es identificada por la Unión Europea como una “esclavitud moderna”. La prevención de este delito se contempla en la *Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011*, obligando a los Estados miembros a erradicar esta práctica ilícita así como también se crea la figura del “coordinador europeo” para armonizar de forma ordenada y coherente las legislaciones nacionales en esta materia.

Además de la diferenciación anterior²², dentro del propio artículo 138 bis existen dos figuras delictivas examinadas a continuación. Para ello es preciso aquí fijarse detenidamente en la literalidad del artículo: *El 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, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.*

²⁰ Art. 177 bis CP que recoge el tipo básico de trata tipificado en el Convenio de Varsovia.

²¹ Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado “Sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España” que dice que “los tipos del artículo 318 bis del Código Penal abarcan dos modalidades de conductas de muy distintas gravedad: el denominado “tráfico ilícito de emigrantes”, consistente en la facilitación de la entrada, tránsito o permanencia ilegal de personas en un país y la “trata de personas” o tráfico dirigido a la explotación del emigrante utilizando medios como la coacción, la amenaza o el abuso de situación de necesidad, o bien que recae sobre menores de 18 años, aun sin utilizar los medios anteriores”.

²² Arts. 177 bis y 138 bis CP.

Y observamos, por tanto, la existencia de dos tipos de delitos distintos. El tráfico ilegal de migrantes, por un lado, y la inmigración clandestina, por otro. Conductas dentro del mismo precepto pero conceptos distintos con significados también diferentes. El tráfico ilícito de migrantes supone la entrada, tránsito o salida de España, pero también engloba el comercio u otra clase de aprovechamiento cuya finalidad es el lucro económico o personal incumpliendo fehacientemente el ordenamiento jurídico. Mientras que la inmigración clandestina supone cualquier forma de sobrepasar ilícitamente los controles de la inmigración. Estos dos delitos debían entenderse únicamente cuando el destino de traslado de los inmigrantes fuese España, pero la Ley Orgánica 13/2007 (en su artículo 1) amplió el ámbito territorial de persecución de estos delitos al entenderse cometidos ahora tanto si el destino es el territorio español u otro país de la Unión Europea.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido dando una definición de ambas figuras jurídicas punibles (STS 30272007, de 3 de abril -Sala de lo Penal, Sección 1ª-). El tráfico ilícito puede ser cometido directa o indirectamente [...] *lo que extiende considerablemente el tipo penal, de modo que cualquier acto de contribución (indirecta) a la conducta delictiva, consume las exigencias típicas del precepto, lo que nos conduce a una drástica reducción de las formas imperfectas de ejecución.* Por tanto, este delito [...] *es un ilícito de riesgo abstracto y de consumación anticipada. Basta, pues, con la mera promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina de [...] extranjeros para su consumación, no siendo, por tanto, necesario que concurra un engaño ni que se haga lucrativamente (éste integra un subtipo agravado), por lo que tampoco es preciso que se cause ningún perjuicio a los afectados, quienes, desde su personal óptica y teniendo en cuenta la economía de los países de que proceden, pueden incluso creer que resultan beneficiados por la inmigración [...] Como dice la jurisprudencia de esta Sala, cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio, y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad, está incluida en la conducta típica básica.*

Las personas objeto de este tipo de delitos no son consideradas jurídicamente con la denominación de “víctima”, debiendo hablar entonces de “migrante objeto de tráfico ilícito”. El cambio de término “víctima” por “objeto” se debe a que no puede ser una víctima aquella persona extranjera que consiente someterse a ese tráfico, la existencia de consentimiento mencionada anteriormente.

Ahora bien, un migrante objeto de tráfico puede ser también víctima de otros delitos. Así, puede hacerse uso de la violencia contra él o su vida puede correr peligro. Por lo que la palabra “víctima” solamente es apropiada en este contexto cuando el inmigrante ha sido sometido a otros delitos distintos del propiamente tráfico ilícito de migrantes, según la legislación del Estado en cuestión.

Recapitulando lo anteriormente explicado, la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (UNCTOC), la cual incluye dos protocolos (los Protocolos de Palermo), que contemplan el tráfico y la trata de personas respectivamente, es la normativa internacional de referencia de los Estados parte para legislar, coordinar y castigar penalmente este tipo de delito transfronterizo. Es el punto de partida sobre el que se estructura el sistema jurídico estatal máxime cuando sus leyes penales proporcionan débiles formas de protección para los migrantes. Ésta es la legislación básica a nivel comunitario de la que parten los tribunales españoles, en virtud del principio de primacía del ordenamiento jurídico europeo, para atraer su jurisdicción sobre este tipo delictual cuando las fronteras jurídicas de los Estados se difuminan, tal y como se desglosa a lo largo de los párrafos siguientes.

4. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES: LA DENOMINADA JUSTICIA UNIVERSAL

Tras analizar las distintas zonas marítimas, es necesario centrarse en la cuestión de si España tiene realmente jurisdicción que permita a sus tribunales instruir y enjuiciar los hechos delictivos. Para ello, es necesario hablar del llamado principio de “justicia universal” como mecanismo supranacional que permite a los tribunales de un Estado perseguir judicialmente a aquellos sujetos que han cometido delitos graves con el fin de evitar la impunidad de estos actos que tienen trascendencia en la comunidad internacional. En virtud de este principio, la jurisdicción de un Estado se extiende más allá de sus fronteras juzgando bajo la aplicación de la legislación nacional con las garantías que ésta prevea cuando no existe respuesta penal del Estado en el que se ha cometido el delito.

Los tribunales de dicho Estado actúan como solución jurídica frente a estos actos graves que suponen la violación de bienes jurídicos supranacionales aplicando el Derecho Penal Internacional desde el territorio de dicho país al considerarse las conductas una amenaza para la paz y la seguridad de la humanidad. El fin último es luchar contra la impunidad para, de esta manera, lograr la protección de los Derechos Humanos. Ha sido definida por la Comisión de Derechos Humanos como *La inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas*. En esta misma línea, BECCARIA sostiene que la mejor forma de prevenir el delito es la “persuasión de no encontrar lugar sobre la tierra en el que el crimen haya de quedar impune”.

Antes de centrarse en los argumentos que fundamentan la jurisdicción hay que aclarar que, a la vista de cómo han ocurrido los hechos, los sujetos que podríamos considerar responsables penalmente por un presunto delito de tráfico ilícito son, por un lado, la sociedad propietaria del barco y, por otro, el administrador de la misma.

Así, su posible responsabilidad penal tendría como fundamento el derecho a la tutela judicial efectiva, entendido éste como el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales solicitando de ellos la tutela de un derecho o interés legítimo mediante una resolución judicial proporcional y fundada en Derecho. Se trata de un derecho legal que, en España, tiene rango constitucional en virtud de lo previsto en el artículo 24 de la Constitución española. Pero dentro del derecho a la tutela judicial efectiva se engloban varios derechos, en primer lugar, se encuentra el derecho a facilitar los medios necesarios legales y judiciales, ya sean materiales o personales, para la persecución y posterior enjuiciamiento de los hechos constitutivos de delitos graves. Conectado con lo anterior, es imprescindible que el procedimiento se desarrolle dentro de un período de tiempo razonable, sin dilaciones indebidas, tal como así predica el artículo 6.1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, el artículo 47 de la *Carta Europea de Derechos Fundamentales* así como el artículo 24.2 de nuestra Norma Fundamental). En caso de no ser así se produciría indefensión²³, pudiendo el procedimiento penal dilatarse hasta el punto de perder objetividad y eficacia y causando un daño innecesario e incluso a veces irreparable a las víctimas y sus familiares que rechazaron la autotutela confiando en un procedimiento judicial. Pero el hecho de que el proceso no se ventile en un plazo racional también tiene que entenderse en un plano de igualdad con respecto del acusado y no únicamente de las víctimas (entre otras medidas, el hecho de que al presunto autor de los hechos se le descuenta de la pena el tiempo que ha permanecido en prisión provisional) y así lo entiende la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional. En tercer

²³ Art. 24.1 CE.

lugar, finalizado el proceso judicial se tiene derecho a que del procedimiento se obtenga una resolución de fondo fundada en Derecho por parte de un juez predeterminado por la ley²⁴. Esta decisión judicial ha de ser congruente con las pretensiones de las partes, motivada y racional evitando cualquier respuesta del órgano judicial arbitraria e irracional. Pero en ningún caso sería arbitraria una decisión desfavorable a la pretensión solicitada, ya que las garantías se cumplen con una decisión judicial cuyos fundamentos jurídicos justifiquen de forma coherente y razonada la aplicación de la legislación a los hechos originarios del proceso. No obstante, es insuficiente la existencia de un fallo judicial para que la tutela judicial efectiva se entienda de forma completa. En efecto, de nada sirve una resolución de un órgano jurisdiccional sino se consigue su efectividad en la práctica, surge así el derecho a la ejecución de la sentencia²⁵²⁶. Este derecho, como integrante de la tutela judicial efectiva, obliga a los tribunales a velar por el cumplimiento de sus disposiciones con el fin de que no lleguen a convertirse en meras declaraciones teóricas sobre unos hechos carentes de obligatoriedad o fuerza jurídica.

Después de analizar la tutela judicial efectiva como presupuesto jurídico básico del que parte la justicia universal, es necesario determinar si a través de este principio internacional se justifica la atribución de jurisdicción al Estado español en el caso que se está analizando.

La justicia universal se encuentra en contraposición a la soberanía nacional, un principio del Derecho Internacional de origen consuetudinario, en virtud del cual es el propio Estado el competente para juzgar los hechos que ocurran en su territorio. Los Estados se amparan en este último para evitar cualquier intromisión procedente del exterior que afecte al sistema judicial cuando éste se mantiene en una actitud pasiva frente a un delito con trascendencia internacional. Pero, si no existiese una jurisdicción extraterritorial que posibilitase acciones judiciales de otro Estado, posiblemente esos delitos graves quedarían sin respuesta jurídica alguna, terminando en impunidad para los presuntos autores de los mismos. Aunque también cabe añadir que la justicia universal, tal y como reconocen los Convenios internacionales, es una facultad que se atribuye a los Estados pero no una obligación. Puede entenderse como una forma de cooperación entre Estados para evitar que la perpetuación de este delito quede impune. Se procede a analizar si, en el caso de que en nuestro supuesto de hecho existiese un delito de tráfico ilícito de migrantes, España tendría competencia para enjuiciarlo.

La justicia universal está prevista en España desde 1985 en la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, cuyo artículo 23 desarrolla este mecanismo pero entendiéndolo de una forma limitada. Por tanto, no se parte de una concepción amplia que permita extender este término a hechos graves fuera del territorio aun cuando no tengan ningún vínculo con el Estado. Así, para que pueda operar aquélla es preciso la existencia de un nexo o vínculo mínimo entre el Estado y los hechos acaecidos.

El artículo 23 de la LOPJ establece las normas que determinan en los diferentes órdenes jurisdiccionales la atribución del conocimiento y posterior enjuiciamiento de los asuntos con “origen” extranjero a los tribunales españoles, esto es, las reglas de competencia judicial internacional.

Permitiéndonos un pequeño inciso, se explica que, antes de 1985, la regulación de este problema la contemplaban los artículos 51 y 70 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* así como el *Real Decreto de extranjería de 1852*, permitiendo este articulado ejercer la jurisdicción de forma muy amplia. De tal

²⁴MORENO CATENA, V/ CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 197 – 199.

²⁵ Art. 118 en conexión con el art. 24 CE.

²⁶ PÉREZ CRUZ MARTÍN, A-J., *Introducción al Derecho Procesal*, Andavira, Santiago de Compostela, 2010, p. 286.

manera que el Tribunal Supremo afirmaba que los tribunales españoles eran competentes para conocer del caso fuesen cuáles fuesen las conexiones del asunto con España.

Volviendo a lo anterior, los vínculos de conexión de nuestro caso con España son los establecidos por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo al amparo del artículo 23.4 LOPJ, de la *Convemar* y del *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes* por tierra, mar y aire. Así, tienen que darse una serie de principios para que el Estado español pueda entrar a conocer del delito de tráfico ilícito de migrantes en alta mar (concretamente a 50 millas náuticas): principio de territorialidad, principio de matrícula o pabellón, principio real o de protección de los intereses, principio de personalidad activa o nacionalidad, principio de personalidad pasiva o nacionalidad y principio de justicia universal.

1) Principio de territorialidad

En virtud de este principio, a cada Estado le compete, en principio, el conocimiento de todos los delitos cometidos dentro de su territorio, cualquiera que sea la nacionalidad del presunto culpable y del bien jurídico protegido. Así, dicho Estado ostenta la potestad de ejercitar el “*ius puniendi*” sobre los actos delictivos, excluyendo de esta forma las legislaciones penales de otros Estados.

Es considerado el principio más importante ya que en caso de conflicto de jurisdicción entre un Estado territorial y otro extraterritorial, la competencia se atribuirá en principio al Estado en el que el delito se cometió -en nuestro caso no hay dicho conflicto ya que no hay constancia de que otro Estado distinto a España haya reclamado su competencia²⁷. Este principio no debe entenderse de forma absoluta ya que puede haber más puntos de conexión y, además, hay que valorar en cada caso el Estado cuyos tribunales ofrezcan unas mayores garantías en el enjuiciamiento del delito.

El principio de territorialidad fue utilizado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (actual Corte Internacional de Justicia) en el “Caso Lotus” (podemos considerarlo, para defender nuestro caso, un precedente judicial en el ámbito judicial internacional) -Turquía reclamaba la jurisdicción turca para juzgar al responsable del barco francés que colisionó con un buque de Turquía-. La Corte partió de la premisa de que las reglas emanadas Derecho internacional derivan de la voluntad de los Estados, por tanto no tienen límites a su soberanía siempre que no ejerzan su poder dentro de las fronteras de otro Estado. Es decir, los Estados gozan de libertad para extender su jurisdicción más allá de sus límites territoriales. No obstante, esa competencia “ilimitada” tiene que basarse criterios o vínculos de conexión entre el Estado reclamante y los hechos acontecidos. En este sentido, el principio territorial supone que los delitos cometidos a bordo de un buque (turco) son considerados como producidos en el territorio de la bandera que enarbola (Turquía):

“[...] Pero, de ningún modo, se sigue de esto que un Estado no pueda ejercer jurisdicción en su propio territorio sobre actos que hayan ocurrido a bordo de un barco extranjero en alta mar. Un corolario del principio de libertad de mares es que **un barco en alta mar es asimilado al territorio del estado del pabellón**, porque, al igual como en su propio territorio, ese Estado ejerce su autoridad sobre ese barco y ningún otro estado puede hacerlo. Lo único que se puede decir es que, en virtud del principio de libertad de los mares, un barco está en la misma situación que el territorio nacional; pero, no existe nada que sustente el argumento según el cual los derechos del Estado del pabellón puedan ir más allá de los derechos que éste ejerce dentro de su territorio propiamente tal. Entonces, lo que ocurre a bordo de un barco que se encuentra en alta mar **debe ser considerado**

²⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas: *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad*», Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII), 3 de diciembre de 1973, párr. 5.

como si hubiese ocurrido en el Estado cuyo pabellón enarbola el barco²⁸.

Conectado con el principio territorial se encuentra otro, el principio de la matrícula o pabellón que tiene una función complementaria (mencionado en el “caso Lotus”). Gracias a éste, es posible extender la jurisdicción española más allá de las fronteras terrestres a buques y aeronaves españoles.

Así, España sería competente para investigar y enjuiciar el posible delito de tráfico ilícito de migrantes de nuestro supuesto al ser cometido en un buque de nacionalidad española (“Pobre Mitrofán”), por lo que se consideraría el delito cometido en territorio español. A este respecto el artículo 91.1 de la Convemar indica que *Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque.* en consonancia con la sentencia del Tribunal Supremo 1092/2007 de 27 diciembre, FJ 1^o²⁹.

El Tribunal Supremo ha establecido el lugar de comisión de delitos a bordo de buques mediante la aplicación de la “teoría de la ubicuidad”, por Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 3 de febrero de 2005 (ello en virtud del artículo 264 de la LOPJ que posibilita a los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reúnan para dilucidar aspectos relacionados con la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales). La sentencia de 15 de diciembre de 2004 afirma que un Acuerdo no es “un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la Ley Penal [...] acuerdos que no son jurídicamente vinculantes, por lo que difícilmente puede alegarse su infracción como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva”. Ha sido construida para dar una interpretación razonada al vacío legal existente sobre cuál criterio debe seguirse para considerar el lugar en el que el delito debe suponerse realizado (recordemos que existen tres teorías: de la actividad, del resultado y de la ubicuidad). Esta teoría es la que han positivizado en el Código Penal la mayoría de Estados europeos: Alemania, Austria, Eslovenia, Finlandia, Polonia, Portugal, Suiza, Italia³⁰). La tesis afirma que:

EL DELITO SE CONSUMA EN TODOS LOS LUGARES EN LOS QUE SE HA LLEVADO A CABO LA ACCIÓN O EN EL LUGAR EN EL QUE SE HAYA PRODUCIDO EL RESULTADO. DE ESTA PREMISA BÁSICA SE DERIVAN ASIMISMO OTRAS QUE COMPLETAN EL ALCANCE DEL CRITERIO QUE LA INFORMA EN CIERTAS FORMAS PARTICULARES DE DELITOS.

A la luz de lo anterior, los tribunales entienden que en los delitos de omisión se considera lugar de comisión en el que debía haberse realizado la acción, excepto que la ley especifique para una determinada figura delictual.

En los casos de tentativa o preparación, se considera como lugar de comisión tanto donde se realice la preparación o donde se de comienzo a la ejecución, como el lugar en el que debía producirse el resultado. Es decir, sería todo aquél en el que el delito despliega efectos. Por lo que es visible que la ubicuidad constituye así una unión en la cual la acción y el resultado no pueden separarse, siendo

²⁸ Si, por lo tanto, un acto culposo cometido en alta mar produce sus efectos en un barco que porta otra bandera o en territorio extranjero, se deben aplicar los mismos principios que se aplicarían si la cuestión envolviera a los territorios de los dos Estados y la conclusión a la que se llega es que no existe regla de Derecho internacional que prohíba al Estado al que pertenece el barco y en el cual se haya cometido el delito, considerar la ofensa como si hubiese sido cometida dentro de su territorio y pueda enjuiciar al delincuente de acuerdo a ello.

²⁹ Además STS 36/2008 de 31 enero, FJ 1º.

³⁰ STS 29 de diciembre de 2008, FJ 1º.

perfectamente asumible este criterio en nuestro ordenamiento jurídico al no regular el artículo 23 de la LOPJ esta cuestión. Además, aunque el Acuerdo no es jurídicamente vinculante ni crea Jurisprudencia, el Tribunal Supremo entiende que *los acuerdos deben ser respetados, en aras del bien que debe prevalecer, que es el de la estabilidad y uniformidad de la doctrina jurisprudencial*³¹. No obstante, el Alto Tribunal cambia de parecer en lo referente al carácter vinculante de sus “reuniones” a través del Acuerdo de 18 de julio de 2006 donde señala que *Los Acuerdos De Sala General (Pleno No Jurisdiccional) Son Vinculantes*. Por lo tanto, la teoría de la ubicuidad es la que debe tomarse en consideración en nuestro supuesto, ello reiterado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2008.

Y, para la aplicación de la misma, desglosamos el delito de tráfico ilícito de migrantes previsto en el artículo 318 bis del Código Penal para su análisis:

El 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, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

Se trata en definitiva de un delito calificado “de mera actividad” por cuanto que su consumación se consigue por el simple hecho de contribuir en alguna forma a la introducción de personas en España. La acción se produciría (en caso de considerar que existe delito) en el momento en que los extranjeros son adentrados en el buque “Pobre Mitrofán” y en ese mismo instante tendría lugar también la consumación del delito, siendo indiferente si los inmigrantes lograsen cruzar la frontera físicamente y entrasen en territorio español. La Jurisprudencia lo clarifica al afirmar que “se trata de un delito de mera actividad, que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración ilegal, ya se ejecuten para facilitar la entrada en cualquier parte del territorio español para su traslado entre dos puntos de éste o hacia el territorio de otro Estado, en todo caso tratando de eludir o habiendo eludido los requisitos de entrada que la legislación administrativa establece”³². De esta forma, al tratarse de un delito que comporta un peligro abstracto la consumación se efectúa con las conductas citadas recientemente sin que haya que acreditar un perjuicio para los extranjeros indocumentados así como tampoco que éstos hayan entrado, transitado o salido por territorio español (SAP de Málaga de 13 de marzo de 2001). Otro ejemplo lo constituye la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de enero de 2004 que alude también a la lesión del bien jurídico: “la protección adecuada de los derechos de las personas extranjeras que se dirijan”. Idéntico criterio mantiene el Tribunal Supremo al hablar de que “se estima consumado por el comportamiento meramente favorecedor [de la lesión del bien jurídico]” (STS 3 de enero de 2008, FJ 4º), lesionando con ello el bien jurídico que se intenta proteger, esto es, “los derechos de las personas extranjeras que se dirijan, o traten de dirigirse a España, o estén en tránsito o con destino a este país, tratando de evitar así que, por actuar fuera de los cauces legales establecidos al respecto, puedan caer en manos de grupos organizados o individuos que se dediquen a esta actividad con cierta habitualidad o propósitos desviados tendentes principalmente al favorecimiento de sus propios intereses y no al de los ciudadanos que pretenden entrar en España y a quienes dicen intentar ayudar”³³.

En virtud de lo expuesto, la conducta tipificada en el precepto 318 bis del CP es un delito de mera actividad cuya consumación, según la teoría de la ubicuidad, se alcanzaría con el simple favorecimiento efectuado a través del buque con nacionalidad española (en caso de que

³¹ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 8 de mayo de 1997.

³² SAP Las Palmas de 22 de marzo de 2004.

³³ SAP Barcelona 5 de enero de 2004.

presumamos la existencia de delito), significando esto que los Tribunales españoles podrían estimarse competentes para perseguir la presunta conducta de tráfico ilícito a bordo del buque “Pobre Mitrofán” al entenderse que el delito habría sido consumado en territorio español.

Retomando el análisis del criterio de territorialidad, otro principio que lo complementa es el denominado principio real o de protección de los intereses. En base a éste, España tendría competencia para evitar la vulneración de bienes jurídicos de carácter público que gozan de protección en el ordenamiento jurídico. Por un lado, se produciría una vulneración los flujos migratorios con la supuesta introducción de extranjeros de forma ilegal desestabilizando de esta manera la política migratoria del Estado que evita que la presión ejercida por la migración desborde la capacidad financiera y asistencial de España, ya que su capacidad de absorción es limitada, al igual que en cualquier Estado. Por otro, se produciría un atentado contra los derechos fundamentales de los extranjeros (art. 1 Ley 4/2000), derechos que disfrutarían desde una vertiente individual si su entrada y tránsito en España se realizase por los cauces previstos en la ley, respetándose así la vida, la libertad, la seguridad y la dignidad de cada uno. Pero también se intenta proteger a los sujetos pasivos desde una vertiente colectiva, como conjunto de personas que constituirían un grupo vulnerable por las condiciones en las que supuestamente encuentran, velando por el mantenimiento de su dignidad humana como valor supremo y principio constitucional (art. 10.1 CE).

Conviene advertir que, en cuanto a los tripulantes españoles y daneses, difícilmente se podría mantener la postura de que fuesen considerados sujetos pasivos de un delito de tráfico ilícito de migrantes al ostentar el derecho a la libre circulación (y, por tanto, no entran dentro del ámbito de aplicación de la Ley 4/2000) como ciudadanos comunitarios que presuntamente son. En realidad, tendría más fundamento la hipótesis de que se tratase de trabajadores (independientemente, en este caso, de que estuviesen o no en situación de alta en la Seguridad Social así como de cualquier infracción de orden laboral que pudiese haber cometido la empresa) por cuenta ajena para la empresa conservera “Sousa-Holstein S.A.”.

Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, en España este criterio territorial no puede entenderse de forma absoluta sino que es preciso analizar si existen más criterios de conexión del hecho delictivo con el Estado Español, relatados a continuación.

2) Principio de personalidad activa o de nacionalidad

En principio, cada ciudadano se encuentra sometido a la jurisdicción del Estado del que es nacional. Ello conectado con la nacionalidad de los hipotéticos responsables nos conduciría a sostener la jurisdicción penal española como competente para conocer de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho, siempre que concurrieren los siguientes requisitos (art. 23.2 LOPJ). Como presuntos responsables del delito de tráfico de migrantes podríamos considerar a la empresa “Sousa-Holstein” como sociedad anónima presuntamente propietaria del barco con domicilio social en España; y al administrador de la sociedad (español). Este principio basado en la nacionalidad podría sostenerse en nuestro supuesto al poseer nacionalidad española los responsables del hecho delictivo, pero además sería necesario que se diesen tres requisitos, según mantiene la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en consonancia con el artículo 23.2 LOPJ³⁴:

³⁴ STS 1092/2007 de 27 diciembre, FJ 1º.

Primero, el hecho tiene que ser punible en el lugar de ejecución (*lex commissi delicti*), salvo que en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito. En efecto, este delito está tipificado en el artículo 318 bis del *Código Penal*, con lo que se da el primer requisito.

Segundo, los presuntos afectados tendrían que formular querrela ante los tribunales españoles o, en su defecto, el Ministerio Fiscal. Si consideramos que a bordo del buque se cometió un delito contra extranjeros, se puede presuponer que, al menos es probable que el Ministerio Fiscal se querellaría al tratarse de un delito grave castigado con hasta ocho años de prisión para sus responsables.

Tercero, los presuntos responsables no pueden haber sido absueltos, indultados o penados (que no hayan cumplido condena) en otro Estado.

3) Principio de personalidad pasiva o de nacionalidad

Este principio se basa en que la condición de nacional español de alguno de los extranjeros confiere competencia a España para perseguir y, posteriormente, enjuiciar este delito aunque no sea cometido más allá de las fronteras españolas y los sujetos responsables fuesen nacionales de un tercer Estado. Se puede afirmar con rotundidad que no es un vínculo que conecte el caso “pobre Mitrofán” con el territorio español por cuanto que ningún sujeto pasivo tiene nacionalidad española. Por lo que dicho criterio no extrae por sí un motivo de extensión de la jurisdicción española en el presunto delito cometido en la Zona Económica Exclusiva.

4) Principio de universalidad o justicia mundial

Se trata de un principio atributivo en virtud del cual los tribunales de un determinado Estado asumen la competencia de un delito cometido fuera de las fronteras estatales por personas no nacionales y no estando dicho territorio especialmente afectado por su comisión. Supone un principio subsidiario al que el Tribunal Supremo permite recurrir cuando no se da ninguno de los nexos anteriormente explicados.

Al igual que los principios de protección y de personalidad pasiva, el de universalidad es también un criterio de garantía de intereses como consecuencia de la grave lesión que provoca este tipo de delitos en la comunidad internacional. Así lo explica la Jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando afirma que “El principio de universalidad o de justicia mundial amplía también el ámbito de la jurisdicción española, en cuanto sirve para la protección de bienes esenciales para la Humanidad, reconocidos por todas las naciones civilizadas, con independencia de la nacionalidad de los partícipes y del lugar de comisión, en cuanto, en esencia, atiende al conocimiento de los delitos propiamente internacionales” (STS 628/2007 de 21 junio, FJ 3º). A esto responde, en el plano legislativo, el apartado h) del artículo 23.4 de la LOPJ cuando dice *Cualquier otro [delito] que, según los Tratados o Convenios internacionales, deba ser perseguido en España.*

5) Principio de justicia supletoria

Los principios analizados recientemente son los establecidos en el artículo 23 de la LOPJ para permitir extender la competencia de España en determinados delitos entre los que se encuentra el presunto tráfico ilícito de migrantes cometido supuestamente a bordo del buque objeto de nuestro supuesto.

Al analizar los criterios anteriores, en nuestro caso podrían concurrir todos ellos excepto el criterio de personalidad pasiva. No obstante, si del análisis efectuado no extrayésemos ningún criterio de conexión, el presunto delito cometido quedaría impune. Con la finalidad de evitar dicha situación, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a dar una respuesta jurídica para evitar la impunidad de delitos graves en nuestra legislación así como en los ordenamientos del resto de Estados que conforman la comunidad internacional. El hipotético delito de tráfico ilegal de extranjeros de nuestro supuesto estaría muy vinculado con la delincuencia organizada transnacional por lo que ha sido objeto de acuerdos internacionales, entre ellos, la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, así como también el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire* que la complementa.

El Tribunal Supremo ha establecido el “principio de justicia supletoria”, configurándolo como un criterio de atribución de competencia de carácter subsidiario. También es denominado “derecho penal de representación” ya que para que concurra es necesario la inexistencia de solicitud o la no concesión de extradición. Es decir, no puede haber ningún Estado que reclame a los presuntos autores del delito por entender que tiene jurisdicción para el enjuiciamiento de los hechos. O, si lo hubiese, España no puede haber concedido su extradición:

[...] al llamado principio de la justicia supletoria, también denominado del Derecho penal de representación, el cual opera en caso de inexistencia de solicitud o de no concesión de extradición, al permitir al Estado donde se encuentra el autor, con aplicación de la Ley penal, juzgarlo. El fundamento de este principio no es otro que el de la progresiva armonización de las distintas legislaciones como consecuencia de la estructura semejante de los Tratados internacionales, en cuanto vienen a diseñar unos tipos punibles e imponen normalmente a los Estados la obligación de introducirlos en sus ordenamientos jurídicos. De ahí que la incorporación de tales tipos penales en el Derecho interno permita la aplicación en su caso de la regla "aut dedere aut iudicare", si no se concediere la extradición” (STS 628/2007, de 21 de junio, FJ 3º)³⁵.

El principio de justicia supletoria ha sido muy discutido por la Doctrina por los motivos siguientes. Las críticas se centran en que el Alto Tribunal pretende “diseñar” un principio para evitar la impunidad de un delito grave pero sin contar con el preceptivo amparo legal. Aunque este principio de creación jurisprudencial se pretenda justificar en base al apartado i) del artículo 23.4 de la LOPJ que expresa *Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España*, esta argumentación no puede ser acogida. Así, aunque exista normativa internacional sobre persecución de delitos graves, éstos instrumentos internacionales no atribuyen de por sí jurisdicción a los Estados parte sino que simplemente habilitan con carácter general para que establezcan en su ordenamiento jurídico las normas necesarias para el conocimiento y enjuiciamiento de este tipo de delitos.

De esta forma, en nuestro supuesto, el Protocolo citado expresa en el artículo 6.1 *Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material [...] a) El tráfico ilícito de migrantes.*

Como conclusión podemos extraer que el principio de justicia supletoria introducido por el Tribunal Supremo no contaría con base legal suficiente ya que la normativa internacional posibilita a los Estados a “adoptar medidas legislativas” para la persecución del delito de tráfico ilícito de migrantes, pero la atribución de jurisdicción española para este tipo de delitos (en base únicamente a este criterio residual, se entiende) no es posible encuadrarla en el apartado i) del artículo 23.4 de la

³⁵ SSTS 582/2007 de 21 de junio, FJ 3º; 622/2007 de 5 de julio, FJ 3º; 1092/2007 de 27 de diciembre, FJ 1º.

LOPJ.

5. VALORACIÓN DILIGENCIAS CON LOS ESPAÑOLES EN LAS DEPENDENCIAS POLICIALES

Las personas españolas encontradas en el momento de la Inspección del buque fueron detenidas por un presunto delito de tráfico ilícito de migrantes, en virtud de la competencia sobre detención prevista en el artículo 11.1.g) de la *Ley 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*. En cuanto a su valoración, la detención ha sido supuestamente efectuada conforme a las exigencias legales: por un lado está presente el “elemento fáctico”, esto es, la existencia de unos hechos que en apariencia revistirían un presunto delito de tráfico ilícito de migrantes del artículo 318 bis del Código Penal.

Además, como todo detenido, una vez en dependencias policiales tienen que ser informados de los motivos por los que han sido privados de libertad hasta el tiempo necesario para el esclarecimiento de los hechos teniendo como máximo 72 horas³⁶ y siempre con las garantías del artículo 24 de la Constitución, entre ellas, el derecho a no declarar, a no confesarse culpable, a no declarar contra sí mismo, a informar a sus familiares y asistencia médica. Además, tienen derecho a asistencia de Letrado tanto durante el tiempo de permanencia en dependencias policiales como en el momento de la declaración ante la autoridad judicial. Posteriormente, se conoce que fueron puestos a disposición judicial con el fin de prestar declaración.

En lo relativo a los ciudadanos daneses y al resto de extranjeros, fueron detenidos por la Guardia Civil en las mismas condiciones que los españoles. Sin embargo, a su llegada a puerto fueron trasladados a la Comisaría de la Policía Nacional al atribuirle la ley competencia exclusiva en materia de extranjería, concretamente el artículo 12.1 de la LO 2/1986:

“b) El control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros.

c) Las previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración.”

En las dependencias policiales se ha de tratar de identificar toda la tripulación. Los únicos que han sido identificados fueron las personas danesas al portar documentación, estando en situación legal en España al tratarse de ciudadanos comunitarios, siendo de aplicación el Reglamento 240/2007 que regula las diversas situaciones en los Estados miembros.

6. ANÁLISIS RELATIVA AL MANTENIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA TRAS LA ÚLTIMA REFORMA DEL ARTÍCULO 23 DE LA LOPJ

La justicia universal ha sufrido una reciente modificación en virtud de la *Ley 1/2014, de 13 de marzo*. Dicha norma implica un cambio sustancial en la regulación y planteamiento de la justicia universal prevista en el artículo 23 de la LOPJ. Así, esta última reforma no ha sido efectuada al amparo del Derecho interno sino tomando en consideración lo dispuesto por el Derecho internacional mediante los Convenios y Tratados ratificados por España. El origen de esta nueva configuración de la justicia universal se encuentra en que no se puede perfilar la competencia judicial de un Estado más allá de sus fronteras teniendo en cuenta únicamente su Derecho nacional, ya que lo que se persigue con la justicia extraterritorial es evitar la impunidad de delitos calificados como graves castigados penalmente en las legislaciones de la mayoría de los países por afectar a toda la comunidad internacional al atentar contra los derechos humanos. Con este razonamiento parte la redacción vigente del artículo 23 que trata de alguna manera de clarificar hasta dónde es

³⁶ Art. 17.2 CE.

competente la jurisdicción española para dar eficacia plena a los principios de legalidad y de seguridad jurídica previstos en el artículo 9.3 de la Constitución. España, no puede extender su competencia judicial sobre la comisión de hechos transnacionales más allá de los seis apartados del citado precepto ya que en dicho caso se produciría una intromisión en el ámbito de la soberanía de otro Estado.

Teniendo en cuenta todo lo mencionado, se procede a analizar si a la luz de la reforma España sigue manteniendo su jurisdicción para investigar y enjuiciar el presunto delito de tráfico ilícito de migrantes cometido a bordo del buque “Pobre Mitrofán”. O si por el contrario, el Estado español ha dejado de mantener criterios de conexión con el presunto delito por no cumplir ahora los presupuestos de orden procesal exigidos por la LOPJ y, en consecuencia, procede el sobreseimiento de las actuaciones, tal y como así lo establece la disposición transitoria única de la LO 1/2014, de 13 de marzo: *Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella.*

El primer criterio de conexión que aludimos está en el apartado 1 del citado precepto que contiene el principio de territorialidad, manteniéndose intacto tras la nueva regulación. Un criterio basado en el lugar de comisión del delito, por lo que la legislación penal se prolonga sobre aquellos actos cuyo lugar de producción es el territorio español. Y el vocablo “territorio” engloba también a los buques y aeronaves con nacionalidad española -podríamos denominarlo a estos efectos “territorio flotante”-. “Pobre Mitrofán” portaba pabellón español por lo que seguiría siendo de aplicación este punto de conexión basado únicamente en el elemento del “territorio” e independientemente del Estado de procedencia del sujeto infractor y del bien jurídico lesionado. Es España la competente para aplicar la ley penal con carácter exclusivo a los hipotéticos hechos acaecidos en virtud de la tesis de la soberanía territorial, al entenderse cometido (el presunto delito) de idéntica forma que si se cometiera “de facto” en territorio español.

A diferencia del anterior, el principio de personalidad activa parte de un elemento subjetivo al basarse en la relación estado-ciudadano. De esta forma se conecta la competencia estatal si los criminalmente responsables son españoles o han adquirido la nacionalidad con posterioridad a la comisión de los hechos con idénticas circunstancias que establecía la redacción anterior de la LOPJ. La primera, que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, como así lo prevé el artículo 318 bis del Código Penal en consonancia con lo dispuesto en el artículo 6.1 del *Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*. Pero además, es necesario que los extranjeros agraviados o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante la jurisdicción penal. Volvemos a encontrarnos con la misma presunción que la explicada anteriormente y es que se entiende que el Ministerio Fiscal ejercerá acciones legales si entiende que efectivamente existe la comisión de un delito a bordo del buque “Pobre Mitrofán”. En tercer lugar, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso, no haya cumplido la condena. No existe constancia de que otro Estado esté conociendo del asunto o reclame para sí la competencia para enjuiciar los hechos, por lo que podríamos considerar que se ha cumplido este requisito.

Según lo antedicho, el principio de personalidad activa o de nacionalidad supone conectar los hechos a la nacionalidad de los presuntos responsables para poder atribuir jurisdicción a España. Partiendo de esta afirmación, la empresa “Sousa Holstein S.A.” es en apariencia responsable penalmente del delito acaecido como entidad jurídica con nacionalidad española porque se puede presumir persigue interés propio en el transporte de los inmigrantes ilegales con destino o tránsito a territorio español empleando para ello un medio de transporte marítimo de su propiedad y teniendo

conocimiento en todo momento de las supuestas actividades en contra de los derechos de los extranjeros (en caso de que presumamos que hay delito) que allí se efectuarían a bordo. La posibilidad la confiere el artículo 31 bis del Código Penal al prever recientemente la responsabilidad de las personas jurídicas ante hechos constitutivos de delitos en el orden penal.

Por la magnitud de la empresa así como por la importancia de las funciones desempeñadas en la misma, podríamos considerar responsable presuntamente al administrador, de nacionalidad española, valorando tanto en su puesto dentro de la empresa como su condición de senador de las Cortes Generales (art. 30 CP).

La ejecución material de los hechos ha sido efectuada por trabajadores de la empresa encontrados a bordo del buque de entre los cuales diez ellos son españoles de origen. Por las funciones desempeñadas en la comisión de los actos delictivos, los nacionales españoles se encontraban en situación de complicidad al cooperar en la perpetuación del acto ilícito contra los derechos de las personas extranjeras para facilitar su entrada en territorio español (art. 29 del CP).

Asimismo, el Capitán del buque (en virtud de contrato con la empresa de Alta dirección regulado por el RD 1382/1985)³⁷ ostenta “poder de mando” con las competencias conferidas en la legislación mercantil. Entre ellas, el artículo 610 del Código de Comercio menciona en su apartado 2º *Mandar la tripulación y dirigir el buque al puerto de su destino, conforme a las instrucciones que hubiese recibido del naviero* y así lo ha ratificado la jurisprudencia (STSJ Madrid 9 de febrero de 1995, FJ 8º). La facultad sobre la tripulación se extiende incluso a la posibilidad de negarse a acoger personas que no desee a bordo aun cuando sea por orden de la propietario del barco (art. 610.1ª Cdc)³⁸. A la luz de éste, sus declaraciones sosteniendo que los extranjeros formaban parte de la tripulación serían difíciles de sostener, más teniendo en cuenta que, en el momento que tiene conocimiento de un delito está obligado a establecer las medidas oportunas e informar de los hechos en el mismo instante en que llega a puerto (art. 610.3ª Cdc)³⁹.

El principio de personalidad pasiva sigue sin concurrir puesto que ninguno de los extranjeros supuestamente “víctimas” poseen la nacionalidad española por lo que no es posible conectar los hechos con el Estado español.

En cuanto al llamado principio de universalidad, la nueva reforma prevé expresamente el tráfico ilícito de migrantes al entenderse incluido en la expresión *delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros* en el apartado 4.d) del artículo 23 de la LOPJ que expresa concretamente:

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

³⁷ STSJ Andalucía de 21 de marzo de 2003, FJ 1º.

³⁸ STC 103/1990, de 4 junio y SSTS 3 y 26 de marzo y 11 abril 1990.

³⁹ Art. 120.4 CP enlazado con el artículo 618.1 Cdc.

En definitiva, puede afirmarse la inclusión en este apartado del delito del artículo 318 bis del CP al aparecer en el mismo apartado que la trata de seres humanos y dentro de la expresión mencionada, en consonancia con el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes*.

A este respecto, la anterior redacción de la LOPJ entendía que este acto delictivo se encuadraba en la cláusula subsidiaria que reservaba por aquel entonces el apartado 4.h) del citado precepto al no estar expresamente contemplado: “h) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

Más discutido sería ahora el mantenimiento principio de justicia supletoria como criterio de conexión cuya origen jurisprudencial fue objeto de múltiples reproches hacia el Tribunal Supremo por entender que tiene que ser una norma con rango de ley el cauce adecuado en un sistema constitucional como es el nuestro y no una “imposición” de creación judicial. A esto se añade que el argumento del Alto Tribunal ha sido tachado de irracional al sostener que el protocolo contra el tráfico ilícito impone la tipificación de este delito, cuando en realidad simplemente “propone” a los Estados parte a incorporarlo como delito en su derecho interno. Analizando la intención sumamente clarificadora de la nueva reforma del artículo 23 mediante la numeración específica de los delitos perseguibles dentro del ámbito de la justicia universal, parece más difícil continuar sosteniendo el principio de justicia supletoria tal y como lo ha configurado el Tribunal Supremo.

¿Qué pasaría en el supuesto de que el buque no portara pabellón español? ¿Seguiría siendo la jurisdicción española competente para enjuiciar los hechos?

El criterio que crea una mayor vinculación delito-territorio español es el principio territorial al basarse en un elemento puramente objetivo sin considerar la nacionalidad de sus autores. Siendo el presunto delito cometido a bordo de un buque cuya nacionalidad corresponde a España, se crea en consecuencia un fuerte lazo con el lugar de comisión del hecho para la validez de la aplicación espacial de la legislación penal, aunque no de modo excluyente ante la posible existencia de otros principios que conecten el supuesto con un Estado ajeno. Aunque bien es cierto que la importancia que presenta dicho criterio supone desequilibrar considerablemente la balanza en detrimento de la jurisdicción española. Por lo que si el presunto delito ya no se entiende cometido en territorio español por portar el barco distinta nacionalidad y tampoco es posible vincular el caso con otro criterio de conexión, en este supuesto el hipotético delito contra los extranjeros a bordo de “Pobre Mitrofán” no sería posible examinarlo por parte de los Tribunales españoles al entenderse que concurriría ausencia de jurisdicción al amparo de la nueva redacción del artículo 23 de la LOPJ.

No obstante, existe en nuestro supuesto otro criterio de conexión que aunque no goza de la importancia del principio territorial nos permitiría el conocimiento y posterior enjuiciamiento de los hechos al fin de evitar en todo lo posible su impunidad. Y es la nacionalidad de los responsables del presunto delito contra los ciudadanos extranjeros mediante la aplicación del principio de nacionalidad activa. Se podrían considerar en dicha situación a la empresa “Sousa Holstein S.A”. y el administrador de la misma.

A lo explicado cabría añadir la presencia de un principio de justicia universal al aparecer tipificado este delito dentro del apartado 4 del artículo 23 “delitos contra los ciudadanos extranjeros” como supone el tráfico ilegal de personas indocumentadas. A través de este criterio se lograría la protección de bienes jurídicos que afectan a la comunidad internacional.

La ausencia del conocido principio de territorialidad no es impedimento para que España pueda conocer del supuesto al concurrir en su defecto dos posibles criterios, el de personalidad activa y el de universalidad, que darían la base jurídica necesaria para que los tribunales españoles defendiesen su jurisdicción. En consecuencia, el Estado seguiría manteniendo su competencia aun con la nueva redacción del precepto 23 de la LOPJ.

CONCLUSIONES

La inspección del buque “Pobre Mitrofán” efectuada por el Servicio Marítimo la Guardia Civil se efectuó en base a la titularidad de la competencia que ostenta dicho Cuerpo de Seguridad del Estado en la persecución de delitos en aguas internacionales. Los tripulantes españoles fueron puestos a disposición judicial mientras que los ciudadanos comunitarios y el resto de extranjeros eran trasladados a las dependencias de la Policía Nacional. A la empresa “Sousa Holstein S.A.” y al administrador de ésta se les ha impuesto una infracción administrativa por contrabando de tabaco (2.000 cajetillas) y la comisión de un presunto delito de tráfico ilícito de migrantes.

Finalmente, la jurisdicción española se declararía competente para la investigación y posterior enjuiciamiento del delito de tráfico ilícito de migrantes de que habrían sido presuntamente objeto los tripulantes extranjeros encontrados en el buque.

ANTECEDENTES DE HECHO

El 30 de abril de 2013 el Servicio Marítimo de la Guardia Civil interceptó el buque “Pobre Mitrofán” más allá de las aguas jurisdiccionales españolas. En su interior viajaban seis nacionales de España, cuatro de Dinamarca, cuatro de Burkina Faso, dos de Perú y dos de Filipinas, siendo todos ellos detenidos durante la Inspección del barco. Excepto los ciudadanos españoles, el resto de la tripulación solicita asilo en España alegando ser objeto de un delito de tráfico ilícito de migrantes. Además, los cuatro nacionales de Burkina Faso, una familia constituida por la sra. Amina y el sr. Thomas junto con sus hijas menores edad, argumentan encontrarse huyendo de Uagadugú por temor a que sus hijas sufran mutilación genital femenina, práctica efectuada regularmente en su lugar de origen. Se procede a la valoración de las circunstancias presentadas por los sujetos extranjeros para la concesión del derecho de asilo solicitado.

ANÁLISIS JURÍDICO

En el sistema jurídico internacional, el derecho de asilo está reconocido en el artículo 14 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948* (DUDH) como derecho básico que tiene cualquier persona de acudir a otro Estado con el fin de ser acogida en su territorio ante un temor manifiesto a sufrir persecución en su país de origen:

1. *En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.*
2. *Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.*

De la lectura del precepto se extrae que la justificación fundamental de la práctica del asilo es la protección de la vida humana, teniendo en cuenta que no puede ejercerse de forma absoluta y que en modo alguno consiste en una protección incondicional, de ahí la salvedad contenida en el apartado segundo.

También se encuentra reconocido el derecho de asilo en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948*, en su artículo XXVII, así como también puede verse en el artículo 22.7 de la *Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*.

No obstante, a pesar de que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* reconoce este derecho no existe a día de hoy ningún Tratado internacional que se encargue de su regulación, por lo que en la escala supranacional este derecho posee un contenido vacío ya que no todos los países ofrecen protección de asilo. A este respecto, el único texto internacional con carácter vinculante para los diferentes Estados es la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 28 de julio de 1951* (en adelante Convención de Ginebra) que proporciona una definición de refugiado en su artículo 1.a.2:

A. A los efectos de la presente Convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona:

Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no

pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. Ello tiene fuerza vinculante para los Estados parte, obligándolos a actuar conforme lo dispuesto en él. Así se desprende del artículo 1 del *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967*.

Antes de adentrarnos en el examen de este derecho en cuestión, es necesario delimitarlo conceptualmente con el fin de no generar confusión con otros términos. Así, tal y como se acaba de señalar, asilo es la protección que un Estado (Estado de acogida) garantiza a una persona o personas no nacionales (cuya vida, integridad física o libertad se encuentran amenazadas) al no poder permanecer dentro de las fronteras de su país ante el temor a ser perseguido por diferentes motivos. Se trata, en definitiva, de un derecho de cada país derivado de su soberanía y no de un derecho subjetivo, a través de la relación Estado-particular. Por tanto, estamos ante la presencia de un derecho estatal basado en un principio de discrecionalidad, por lo que se hace necesario acudir a la propia legislación del país para identificar cuál es la normativa reguladora del derecho de asilo dentro de sus fronteras. Así, el asilo es observado desde una perspectiva nacional al no existir más limitaciones que las establecidas por el propio Estado en sus leyes de aplicación. La libertad de concesión que acarrea para el territorio en cuestión tiene límites, entre los que destacan el “principio de non refoulement”, que implica que, en caso de que le sea concedido el asilo a una persona, el país asilante se compromete a no expulsar ni devolver al sujeto aun habiendo convenio bilateral de extradición⁴⁰.

De su definición se comprueba que es un concepto amplio ya que el término refugio tiene un alcance más limitado. De esta manera, el asilo englobaría las garantías, por parte del Estado receptor, en la entrada y permanencia provisional en el territorio en unas condiciones que persigan la protección del sujeto (es decir, que el Estado asilante no la persiga en su territorio, no la castigue ni restrinja de alguna forma su libertad) y bajo el principio de no devolución al territorio de procedencia o no extradición a un tercer Estado, bajo el principio de discrecionalidad estatal - ya que la concesión del asilo es una facultad propia de los Estados en virtud de su soberanía y así se desprende del artículo 14 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* al hablar de [...] *derecho a buscar y, a disfrutar de él* pero no establece el derecho a obtenerlo - y anterior a la adopción por el perseguido del estatus de refugiado (o que no cumpla los requisitos para considerarlo refugiado). Además, el derecho de asilo también se extiende una vez adquirida la condición de refugiado protegiendo a éste dentro del territorio asilante respetando los derechos correspondientes al sujeto en aras al cumplimiento de la *Convención de Ginebra de 1951* y a la legislación interna del Estado en cuestión.

1. EL ASILO EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea atribuye a los ciudadanos de los Estados miembros el derecho fundamental a la libertad de circulación desde la supresión de las fronteras internas mediante la creación del *Espacio Schengen de 1985* y del posterior *Convenio de Schengen de 1990*, que supuso el inicio de la eliminación de los controles fronterizos entre Estados. Al eliminar las fronteras internas entre los diferentes países se hizo necesario reforzar las fronteras externas regulando la entrada y residencia de personas de terceros países a través de medidas sobre asilo explicadas en el párrafo siguiente.

⁴⁰ Art. 33.1 Convención de Ginebra.

Al formar parte de la Unión Europea (1986), España se ve afectada como es evidente por los tratados, directivas, decisiones y reglamentos emanados por parte de dicha Organización Internacional. Asumiendo, como parte del acervo comunitario, las normas básicas de Derecho Internacional en la materia (*Convención de Ginebra y Protocolo*), la Unión Europea ha intentado de alguna forma establecer una política común de asilo a través de diferentes criterios y mecanismos, siempre respetando la competencia de los Estados de establecer su propia regulación en la materia. La articulación de instrumentos de acción política común se plasmó en el *Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992* (Maastricht) cuyo artículo 11.1.1 considera de interés común la política de asilo. Posteriormente han tenido relevancia algunos avances efectuados hasta la actualidad, como es la creación de la *Oficina Europea de Apoyo al Asilo* como comienzo para establecer un auténtico *Sistema Europeo Común de Asilo* -SECA- (Reglamento 439/2010, de 19 de mayo). Mediante este organismo supraestatal se refuerza la cooperación en el plano fáctico de los Estados en materia de asilo, contribuyendo a una mejor implantación del Sistema Europeo Común de Asilo. Ello se ha plasmado en el Reglamento 603/2013 que lo reconoce como uno de los *elementos constitutivos del objetivo de la Unión Europea de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia abierto a quienes, obligados por las circunstancias, busquen protección internacional en la Unión*.

Asimismo, los procedimientos de asilo sustanciados en cualquiera de los Estados miembros deben respetar unas normas mínimas establecidas en resoluciones europeas de obligado cumplimiento, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario. Su contenido se centra en observar preceptivamente una serie de “principios y garantías fundamentales” - información, intérprete, etc.- para un adecuado cumplimiento de los procesos sobre las solicitudes de asilo por parte de ciudadanos comunitarios (Directiva 2005/85/CE, de 1 de diciembre de 2005). Entre ellos, destaca el derecho de los solicitantes de asilo a permanecer en el Estado de la solicitud hasta que se dicte resolución, aunque nunca estemos hablando en este caso de un permiso de residencia en sentido jurídico⁴¹, teniendo en cuenta una serie de condiciones para el reconocimiento y estatuto de “asilado” a los extranjeros de nuestro supuesto, en consonancia con la *Convención de Ginebra*. Entre ellas destacan la evaluación de los hechos al país de origen incluida su legislación interna (en nuestro caso proceden de diversas nacionalidades con normativas aplicadas de forma muy distinta); la documentación presentada por los solicitantes (solamente la acreditan los cuatro daneses mientras que los demás no es posible identificarlos, por lo que se tendrán en cuenta principalmente sus supuestas declaraciones en las que especifican de qué daño o peligro están siendo objeto en su lugar de origen); las declaraciones se tienen que acompañar de indicios serios a un temor fundado de persecución a sufrir daños graves (por la información que consta en el supuesto solamente la familia de Burkina Faso alega ese peligro inminente en el que las dos menores se ven afectadas de una forma clara y cierta, mientras que el resto no es capaz de probar un motivo de magnitud suficiente para gozar de las garantías del derecho de asilo en cuestión); tener en cuenta su estatuto individual (en el supuesto de las hijas menores se atenderá a su corta edad para no vulnerar la protección que la legislación les otorga)⁴².

La racionalización de los procedimientos de asilo llegó con el Reglamento 343/2003 denominado “Reglamento Dublín II” que introduce un auténtico mecanismo para una gestión común de aspectos relativos al asilo. Así, se establece que sólo uno de los Estados examinaría la solicitud de asilo presentada ante Estados europeos mediante la aplicación de “criterios de asignación” que determinan el país responsable del procedimiento. Además, están previstas dos cláusulas específicas: por un lado, la cláusula humanitaria que permite a un Estado no responsable asumir una solicitud de asilo para la preservación de la unidad familiar más allá de lo que establecen los

⁴¹ Art. 7.1 Directiva 2005/85/CE.

⁴² Art. 4.3 Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril.

criterios generales. Por otro lado, la cláusula de soberanía permite a un Estado examinar cualquier solicitud de asilo presentada dentro de su territorio.

Lo anterior constituye el camino hacia un sistema común en la materia aunque su aplicación ha sido puesta en duda por el TEDH que ha condenado a Estados miembros por su falta de observancia e la tramitación de los procedimientos, destacando la sentencia de 21 de enero de 2011 M.S.S. contra Bélgica y Grecia por el que un estado miembro de la UE trasladó (no empleando la cláusula 3.2 del Reglamento) a otro Estado miembro a un demandante de asilo sufriendo éste tratos inhumanos o degradantes, condenando a Grecia y a Bélgica por violación del art. 3 y 13 del CEDH). También destaca la STJUE N.S y M.S sobre la “cláusula de soberanía” que faculta a los Estados a resolver una solicitud de asilo de un nacional de un tercer Estado, informando al otro Estado y asumiendo en consecuencia toda la responsabilidad durante el procedimiento:

“Además, el artículo 3, apartado 2, del Reglamento 343/2003 indica que la excepción al principio enunciado en el artículo 3, apartado 1, de este mismo Reglamento conlleva consecuencias precisas prevista por este Reglamento. Así, el Estado miembro que toma la decisión de examinar él mismo una solicitud de asilo se convierte en el Estado miembro responsable en el sentido del Reglamento núm. 343/2003 y debe, en su caso, informar al otro Estado o Estados miembros afectados por la solicitud de asilo”.

El TJUE dictamina que el ejercicio de esta facultad significa aplicar el Derecho de la Unión Europea por parte del Estado en cuestión:

“Estos elementos confirman la interpretación según la cual la facultad de apreciación conferida a los Estados miembros por el artículo 3, apartado 2, del Reglamento 343/2003 forma parte de los mecanismos de determinación del Estado miembro responsable de una solicitud de asilo previstos por dicho Reglamento y, por tanto, no es más que un elemento del sistema europeo común de asilo. Por consiguiente, debe considerarse que un Estado miembro que ejerce esta facultad de apreciación aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta”. A este respecto el artículo 51.1. de la CEDF dice: *Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias.*

De cuanto precede se deduce que España tendría potestad para examinar las solicitudes de asilo presentadas por los extranjeros al llegar a su territorio, en virtud del artículo 3.1 del Reglamento de Dublín II. En el caso hipotético de que los extranjeros solicitasen asilo aquí después de estar en otro país de la UE, también tendría competencia para examinar la solicitud acogiéndose a la “cláusula de soberanía”. Es salientable la posición de la Jurisprudencia de la Unión al respecto, amparándose en la Carta Europea de Derechos Fundamentales⁴³.

Teniendo en cuenta lo explicado se concluye que ese intento por crear de forma definitiva una legislación común ha obtenido escasa repercusión, probablemente por falta de interés de los Estados que no están dispuestos a despojar del ámbito de su soberanía un instrumento de tanta importancia en la comunidad internacional.

⁴³ Art. 51.1.

2. LA CONCEPCIÓN DE ASILO Y REFUGIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En España, el derecho de asilo está reconocido en el artículo 13 de nuestra Norma Fundamental cuando expresa en su apartado 4 *La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España*. Este derecho se desarrolla mediante la *Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria* (competencia exclusiva del Estado -art. 149.1.2ª CE-).

Asimismo, también es de aplicación en España el complejo normativo formado por los siguientes elementos: el *Instrumento de 22 de julio de 1978, de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951* y el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967*; el *Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, de 19 de junio de 1990*, en cuyos artículos 28 a 38 se determina la responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo entre las partes firmantes del convenio; *Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, hecho en Dublín el 15 de junio de 1990*; y el *Reglamento que desarrollaba la Ley de asilo de 1984* pero que sigue vigente a día de hoy y fue aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.

La Ley 12/2009 resuelve en sus primeros preceptos la cuestión que a nivel internacional produce confusiones, y es que suprime las dos figuras de asilo y refugio fundiéndose ambas en un mismo significado en el artículo 2 al entender que *El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967*.

Los solicitantes se rigen por la citada normativa al solicitar el asilo a su llegada a territorio Español (el plazo de solicitud es de un mes a contar desde la entrada en España) al tratarse de personas nacionales no comunitarias, en principio (ya que si no se consiguiera determinar documentalmente su nacionalidad habría que examinar si son consideradas apátridas).

Sus solicitudes tienen que ser atendidas obligatoriamente en España como Estado perteneciente al *Espacio Schengen* (art. 29 *Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985*). Cada solicitante la presenta personalmente ante la Comisaría de Burela y, en el caso de las dos menores, la Sra. Amina y el Sr. Thomas extienden su solicitud a ellas al formar parte de su núcleo familiar como titulares de la patria potestad y comparecerán juntos⁴⁴. Al no portar identificación, se mantendrían en calidad de detenidos mientras logran identificarlos como nacionales de sus presuntos Estados de procedencia (hasta las 72 horas -art. 17 CE-). Tras la detención, la ley establece que los solicitantes permanecerán en unas instalaciones habilitadas mientras dure el procedimiento⁴⁵. Es necesario que, junto a la solicitud, se aporte el pasaporte o un documento que, de alguna forma, sirva para identificarlos, pero, como no lo tienen, habrán de justificar su omisión. Una vez efectuada la petición de asilo, se notificará a la oficina de Asilo y Refugio y se comunicará también al Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre los Refugiados (ACNUR) en España.

⁴⁴ Art. 8 RD /2031995.

⁴⁵ Art. 22 Ley 12/2009.

Durante el tiempo que transcurra procedimiento de asilo, a los solicitantes de asilo se les concede autorización de permanencia provisional en territorio español. La sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de marzo dispone en su F.J.3 que “Las persona que no poseen la nacionalidad española sólo tienen derecho a residir en España, y a circular dentro del territorio nacional, cuando se lo otorga la disposición de una ley o de un tratado, o la autorización concedida por una autoridad competente” así como una serie de derechos previstos en el artículo 18.1 de la *Ley de asilo*.

En primer lugar, el Estado tiene la obligación de informar del procedimiento así como de documentar a cada uno de los solicitantes de protección internacional, lo que les habilitará para permanecer en España durante todo el proceso. Como consecuencia, no pueden ser objeto de expulsión en ningún momento, si estuviese ya en curso un proceso de devolución, expulsión o extradición queda suspendido automáticamente (se entiende que en el supuesto no concurre al no haber información relativa a ningún procedimiento sancionador). La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994, FJ 3º dice que [...] al momento de acordarse la medida de expulsión impugnada, se hallaba pendiente de resolución la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado formulada con fecha 29 de mayo de 1985, cuya presentación habilitaba al peticionario para permanecer en territorio español durante la tramitación del expediente y obtener la concesión de ayuda económica, y así como la prestación de los oportunos servicios sociales [...]”.

Además, cuentan con asistencia jurídica gratuita e intérprete durante el procedimiento para que su derecho de defensa no se vea menoscabado ante la carencia de conocimientos jurídicos (art. 22 LO 4/2000). El asesoramiento de letrado debe estar presente incluso antes de iniciar el procedimiento, garantizando a los extranjeros que no se va a producir indefensión. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2013, en su fundamento jurídico 4º expresa que “el derecho de defensa técnica que a los solicitantes de asilo reconoce el artículo 5.4 de la Ley 5/1984, de 16 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (LDA) proyecta su necesidad desde el comienzo mismo del expediente (...). Cuando el artículo 5.2 del Reglamento de aplicación de la LDA, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero), establece que los solicitantes de asilo serán informados por la autoridad a la que se dirijan de la necesidad de aportar las pruebas o indicios en que base su solicitud, así como de los derechos que le corresponden, de conformidad con la LDA, en particular del derecho a intérprete y a la asistencia letrada, ésta refiriéndose a un asesoramiento técnico jurídico anterior a la solicitud, y no sólo para dar adecuada respuesta al cuestionario policial sino para, con el mismo, poder aportar pruebas o indicios en los que fundamentar la solicitud. Si bien se observa, la narración de los hechos requiere, a continuación, una transformación o, al menos un intento de encuadramiento en alguna de las causas normativamente previstas para la obtención del derecho que se pretende, con base en las pruebas o indicios que puedan aportarse. Ello implica que la privación a la recurrente de esa asistencia jurídica le ha impedido disponer de una asesoramiento técnico especialmente relevante, y que, en consecuencia, sí podemos decir que ha sufrido indefensión”. Asimismo la STS 21 de abril de 2006, FJ 4º).

Tercero, dicha norma estatal determina el derecho a los servicios sociales reconociendo expresamente a los solicitantes de asilo “*la asistencia social y económica que reglamentariamente se determine*” (art. 30 Ley de Asilo), siempre que carezcan de trabajo o de medios económicos para atender a sus necesidades y a las de su familia, concretándose en el Reglamento que tienen derecho a beneficiarse de los servicios sociales que presten las Administraciones públicas competentes para asegurarles un nivel de vida adecuado, debiéndose en este sentido prestar singular atención a las personas que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad (sería el caso de las dos hijas menores). La Administración proporciona concretamente alojamiento, asistencia sanitaria,

manutención, asistencia psicosocial primaria, posibilidad de autorización para trabajar⁴⁶ así como otros servicios sociales encaminados a facilitar la convivencia e integrar a los extranjeros solicitantes de asilo conformando la cobertura básica necesaria para subsistir en España al no percibir ingresos económicos. Como se acaba de mencionar, los extranjeros, salvo el caso de las menores de edad, también están autorizados para trabajar transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta se admitiese a trámite y todavía no se haya dictado resolución al respecto (Disposición adicional vigésimo primera Reglamento de Extranjería).

Las solicitudes se tramitan a través de procedimiento ordinario, excepto en el supuesto de las dos menores que se ventilará mediante un procedimiento de urgencia, necesario por las circunstancias personales que presentan las menores al alegar temor fundado a ser víctimas de mutilación femenina, práctica habitual en Burkina Faso en la actualidad (art. 25.1.a y b *Ley de Asilo*).

3. SOLICITUDES DE ASILO

A) NACIONALES COMUNITARIOS

El régimen comunitario permite a los ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea la entrada, salida, circulación y permanencia libremente por todo el Espacio Schengen, en virtud del vínculo jurídico común que les liga a la Unión Europea (art. 21.1 TFUE). Estos derechos inherentes al término “ciudadano europeo” conforman el denominado *Estatuto Básico de Ciudadanía de la Unión* atribuyéndose automáticamente a todo nacional de un Estado miembro. Los nacionales daneses gozan de protección supraestatal cualquiera que sea el territorio dentro de un Estado de la Unión en el que se encuentre y la actividad que esté llevando a cabo. Recordemos, se encuentran dentro de las fronteras internas de un país europeo, España. Además, en el momento en que son interceptados a bordo del buque llevan consigo documentación acreditativa (pasaporte) por lo que se aplica inmediatamente el régimen de ciudadanía de la Unión en España. Para evitar que sus derechos no queden vacíos de contenido, cuentan con las garantías reconocidas en la *Carta Europea de los Derechos Fundamentales*⁴⁷.

Desde que entraron en territorio Español pueden permanecer en régimen de estancia sin más requisitos adicionales que el pasaporte. Pasados tres meses desde su llegada, están autorizados a fijar su residencia en España por tiempo indefinido al ser trabajadores por cuenta ajena -sin necesidad, por tanto, de obtener tarjeta de residencia (art. 7.1.a)⁴⁸. Esta posibilidad de residencia y ejercicio de actividad económica, cuya legislación sólo confiere a los ciudadanos europeos, se basa en los principios de no discriminación e igualdad de trato jurídico como si de nacionales españoles se tratase. Así lo entiende la Jurisprudencia europea, en la Sentencia del TJCE (asunto *Rudy Grzelczyk contra Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*):

“La vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico”.

En cuanto al derecho de asilo, el *Estatuto de Ciudadanía de la Unión* reconoce un mecanismo de protección del que puede beneficiarse cualquier nacional. Se trata de una asistencia diplomática o consular con las condiciones que establece el artículo 20.2 del TFUE: la protección dispensada

⁴⁶ Art. 15.2 Reglamento de Asilo.

⁴⁷ Arts. 39 a 44.

⁴⁸ RD 240/2007.

cubre de forma obligatoria la asistencia en casos de fallecimiento; la asistencia en casos de accidente o enfermedad graves; la asistencia en casos de arresto o detención; la asistencia a víctimas de actos de violencia, así como el socorro y la repatriación de nacionales de la Unión en dificultades.

El problema principal de nuestro supuesto lo constituye básicamente el hecho de que los nacionales daneses gozan de dicha protección pero siempre que estuviesen en un tercer estado. Esto es, la protección que dispensa el artículo 20 despliega sus efectos en aquellas situaciones anteriores en que se encuentren ciudadanos comunitarios dentro de un Estado no perteneciente al Espacio Schengen cuando no haya embajada o consulado de su Estado de origen en dicho territorio:

2. *Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho:*

(...) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

La protección explicada que concede dicho Estatuto no es aplicable a nuestro supuesto ya que abarca aquellos europeos que se encuentren en un tercer Estado y necesiten asistencia diplomática o consular de otro Estado miembro cuando su país de origen no tiene representación allí. Dado que los cuatro procedentes de Dinamarca se encuentran en un Estado comunitario (España) esta protección carece de sentido al no hallarse aquéllos en un lugar perteneciente a un Estado ajeno.

La ley de asilo clarifica aun más la situación por cuanto establece que los comunitarios no entran dentro de su ámbito de aplicación. Así el artículo 1 señala que *La presente Ley, de acuerdo con lo previsto en el apartado cuatro del artículo 13 de la Constitución, tiene por objeto establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional.* Esta exclusión con respecto a ellos deriva de la innecesariedad de un derecho de asilo al poder entrar y residir legalmente en España en cualquier momento y sin necesidad de realizar trámites adicionales. En virtud de todo lo expuesto, su petición de asilo debe ser rechazada.

Otro caso distinto es la situación en la que se encuentran el resto de extranjeros que viajaban con ellos en el buque “Pobre Mitrofán”, a los que se hace alusión en los párrafos siguientes.

B) CIUDADANOS EXTRANJEROS

Los extranjeros (excepto los nacionales de Burkina Faso) no portan documentación que permita conocer su país de procedencia. Su situación corresponde a la Policía Nacional al tener la competencia exclusiva en materia de extranjería (art. 12.1.A apartado c Ley 2/1986). Del mismo modo que los ciudadanos comunitarios, fundan su solicitud de asilo en ser presuntamente “víctimas” de un delito de tráfico ilícito de migrantes.

Al tratarse de ciudadanos no pertenecientes a la Unión Europea, es de aplicación la ley española de asilo (art. 1). Mientras se tramita su solicitud de asilo, durante un plazo máximo de 6 meses (art. 24.4 RD 203/1995), gozan de los derechos que les otorga la citada norma, pudiendo beneficiarse de asistencia que garantice la cobertura de sus necesidades básicas (servicios sociales, educativos y sanitarios). Además, están autorizados a trabajar cuando transcurran más de seis meses desde que la

presentaron y todavía no haya sido resuelta.

Conviene aclarar que el hecho de entrada en España sin la correspondiente autorización, esto es, “sin papeles”, no deviene en perjuicio de sus solicitudes de protección internacional. Esa circunstancia no constituye obstáculo para que tengan acceso a asilo con las garantías legales pudiendo en todo momento intervenir y aportar documentación en el procedimiento para defender o aclarar lo que crean conveniente.

Vamos a examinar ahora si las supuestas alegaciones sobre objeto de tráfico ilegal constituyen motivo suficiente para acceder a la protección garantizada por el derecho de asilo. La razón para el acceso a la condición de refugiado o asilado (recordemos que son considerados sinónimos a efectos estatales) es la existencia de un temor fundado a ser perseguido en el país de origen si es expulsado del territorio español y se ve en la obligación de regresar allí. El punto de partida para concretar el alcance de ese “temor” a sufrir persecuciones es la *Convención de Ginebra*⁴⁹. En el ámbito europeo se ha concretado el concepto de persecución considerando “acaecimiento o temor de acaecimiento de hechos suficientemente graves, por su naturaleza o por su repetición, que constituyan un atentado grave a los derechos humanos o que impidan la continuación de la vida de la persona que los ha sufrido en su país de origen” (*Posición Común del Consejo de la Unión Europea de 4 de marzo de 1996*). La valoración de sigue los criterios establecidos en la Directiva 2004/83 que suponen un contenido mínimo de circunstancias que tendrán que ser tenidas en cuenta acerca de la situación de los extranjeros (art. 4.3).

Los extranjeros puede entenderse que han sido objeto presuntamente de tráfico ilícito de migrantes, tal y como se analizó detalladamente en el Informe I, pero no consta ningún temor a ser perseguido en su lugar de origen, por lo que su petición debe ser desatendida. Y es que, precisamente, el derecho de asilo ha sido construido en la comunidad internacional para ofrecer protección a las personas procedentes de otro Estado que necesitan que el Estado de llegada (asilante) le confiera unas garantías de seguridad dentro de su territorio ya que, de no ser así, en el momento en el que crucen la frontera de regreso a su país existe un grave riesgo para su integridad física o psíquica. Los inmigrantes no especifican la existencia de un riesgo fundado a sufrir persecución si regresan a sus lugares de origen ni tampoco en que consiste concretamente dicho temor, por lo que no se ajusta a los requisitos de la ley. El hecho de que fuesen objeto de tráfico ilícito de migrantes supone la comisión de un delito tipificado en el artículo 318 bis del CP por el que responderán penalmente sus responsables, pero ello no da lugar al derecho de asilo para los extranjeros que supuestamente habrían sido “víctimas” de ese tráfico.

La desestimación de la solicitud corresponde al Ministro de Justicia e Interior debiendo ser emitida de forma motivada e individualizada, notificando la misma para que si lo desean puedan solicitar un reexamen de su expediente ante la Oficina de Asilo y Refugio (extendiendo también aquí la asistencia gratuita de letrado e intérprete). En caso de denegarse ese recurso de revisión, es posible acudir en última instancia a la vía judicial mediante la formulación de un recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 39 RD 203/1995).

Los extranjeros pueden solicitar la protección subsidiaria prevista también en la ley de asilo como mecanismo residual en aquellos casos los en que una persona necesite protección pero no reúna los requisitos del derecho de asilo. Ello no merece aquí un desarrollo exhaustivo debido a que los migrantes no cumplen los requisitos. En este sentido, la Jurisprudencia del TS aclara que “el derecho a la protección subsidiaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 12/2009, es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para

⁴⁹ Art. 1.A.2.

obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales **se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen** en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, **se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley**, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley” (STS 3 de abril de 2014, FJ 2º)⁵⁰. En nuestro supuesto no queda acreditado un riesgo real que pueda poner en peligro la vida o la integridad física de los extranjeros, por lo que se deniega la protección subsidiaria.

Como consecuencia de la denegación del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, los extranjeros dejan de regirse por la Ley de asilo, siendo de aplicación los preceptos de la Ley de extranjería. Así, la Administración iniciará un procedimiento sancionador de carácter “ordinario” (o continuará con él si ya se había iniciado antes de la solicitud) al encontrarse en situación irregular en España, infracción grave prevista en el artículo 53.1 a) de la LOEX. El proceso será el ordinario y no el preferente, por cuanto que para que se incoe éste último, es necesario que conste probado la concurrencia de alguno de los tres requisitos siguientes: que haya un riesgo de incomparecencia por parte del extranjero; que mediante alguna acción éste evite o dificulte su expulsión o bien que la presencia del extranjero en el Estado represente un riesgo grave para el orden público, la seguridad nacional o la seguridad pública (art. 234 RD 557/2011). El procedimiento, cuya duración máxima no puede exceder más allá de seis meses desde la instrucción del expediente (donde se permiten acordar las medidas cautelares que se crean convenientes, excepto su internamiento hasta 60 días en un Centro de Internamiento de Emigrantes), se caracteriza por prever unos plazos amplios en lo relativo a la presentación de alegaciones y la práctica de pruebas, finalizando mediante resolución emitida por órgano competente, al que corresponde fijar en la misma una sanción pecuniaria o decretar la expulsión de los nacionales no comunitarios. En este último caso se habría un plazo de cumplimiento voluntario de entre 7 y 30 días para abandonar el territorio español no estableciéndose en este caso una de “prohibición de no retorno”.

C) NACIONALES DE BURKINA FASO

Los últimos integrantes de la tripulación que solicitan derecho de asilo (como documento nº 1 en el Anexo) son una familia de cuatro miembros procedentes del Estado de Burkina Faso: la sra. Amina, el sr. Thomas y sus dos hijas menores de edad, Laina y Alima. Alegan ser “víctimas” de tráfico ilícito de migrantes mientras huían de su país por el temor a que sus hijas sufran mutilación genital en su lugar de origen (Ugadugú).

La mutilación genital femenina está prohibida en la comunidad internacional. En este sentido el artículo segundo de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* expresa que *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*. El precepto siguiente especifica que *Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona* por lo que nadie ha de sufrir torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5). En consecuencia, el respeto a las tradiciones y culturas tiene como límite el respeto a los derechos humanos de mujeres y niñas. Por este motivo, los diferentes Estados tipifican como delito la ablación femenina en sus legislaciones penales internas en consonancia con el *Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979*, con la finalidad de perseguir y enjuiciar este tipo de violencia contra la mujer (art. 2 de la Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993).

⁵⁰ Además STS 17 de junio de 2013, FJ 2º.

Dicha Convención pretende eliminar todos los actos encaminados a propiciar una situación de discriminación contra la mujer, obligando a los Estados parte a adoptar las medidas necesarias para suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones (cuenta con “Protocolo Facultativo” que complementa a la Convención, permitiendo a las partes reconocer la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para examinar las denuncias de particulares), que abarcaría cualquier *distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera* (art. 1 Convenio de 1979). En consonancia con la *Declaración de los Derechos del Niño*, este instrumento jurídico-internacional dispensa una protección específica a los derechos de la infancia incidiendo en el castigo de aquellas costumbres llevadas a cabo como consecuencia de creencias culturales con fuerte arraigo en determinados lugares (por ejemplo Burkina Faso) y que suponen una violación de los derechos humanos, entre las que se encuentra, la supuesta mutilación genital femenina presente en nuestro supuesto.

En el ámbito nacional, España adoptó una solución legal en su ordenamiento jurídico con el objetivo de erradicar de este tipo de prácticas que suponen una vulneración del respeto al principio de igualdad de género y del derecho a la vida y a la integridad de las mujeres. Así, la tipificación penal de la mutilación genital femenina ha tenido lugar añadiendo un segundo párrafo al artículo 149 del Código Penal, introducido por la *Ley 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*. Pues bien, esta respuesta jurídico-penal trasciende más allá de sus fronteras, extendiendo el conocimiento y enjuiciamiento de este tipo de delitos cuando se cometen fuera del territorio nacional, materializándose en la LO 3/2005 que introdujo un nuevo apartado al artículo 23.4 de la LOPJ, con la siguiente redacción:

g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

Pues bien, una vez desglosada toda la normativa sobre la práctica de la mutilación genital femenina, procedemos a analizar si el motivo esgrimido por la sra. Amina y el sr. Thomas en relación a sus hijas, supone un motivo de entidad suficiente para que tengan acceso al derecho de asilo.

En la actualidad, Burkina Faso sigue siendo uno de los países africanos donde es frecuente la práctica de la ablación femenina. La ONU, así como asociaciones y organizaciones no gubernamentales afirman la pervivencia de la mutilación genital femenina a pesar de estar penalizada desde 1996 con pena privativa de libertad, respondiendo no solo los progenitores de las menores sino también todos los que cooperen en la intervención (miembros de la propia familia o la persona que practique la ablación).

Los solicitantes basan su pretensión en su nacionalidad y en el temor de persecución de sus hijas menores. La nacionalidad no puede ser acreditada ya que no llevaban consigo pasaporte ni ningún otro documento mediante el que pudiesen probar que son originarios de dicho país africano. Sin embargo, conviene advertir que el hecho de que no hayan aportado ninguna documentación acreditativa de su identidad es un aspecto accesorio que no conlleva una denegación inmediata del derecho de asilo sino que se tendrán en consideración sus declaraciones verbales.

El temor a ser perseguido, es un criterio básico que recoge la ley para la concesión de asilo en el que tienen que concurrir dos elementos: objetivo y subjetivo. La vertiente subjetiva la constituye la

huida cuatro miembros de su país de origen. Este relato fáctico tiene que verse acompañado de datos objetivos que acrediten de forma verosímil y congruente que su huida de Burkina Faso está causada por un temor real (STS 4 de julio de 2008, FJ 3º), como lo constituiría la supuesta situación de las niñas en Uagadugú por la situación política y social presente en el país debido a que en la actualidad la mutilación genital femenina sigue practicándose a pesar de que está prohibido, lo que su pone una violación grave de la *Convención de Ginebra*.

Su relato se puede entender preciso y coherente ya que si las menores regresasen al entorno social de Uagadugú podrían existir probabilidades de padecer una lesión física y psíquica como consecuencia de la práctica de una mutilación genital femenina entendida por el Tribunal Supremo “una forma de violencia de género que debe ser considerada como entidad suficiente para ser configurada como persecución” (STS 11 de mayo de 2009, FJ 2º). Además, es preciso incidir en la minoría de edad de las dos hijas del matrimonio ya que este hecho provoca un examen de los requisitos legales mucho más estricto debido a la situación de especial vulnerabilidad de Laina y Alima. Ello justificaría una posible concesión del derecho a permanecer en España en el marco de la legislación de extranjería. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo afirmando “que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo” (SSTS de 7 de julio de 2005 y 8 de julio de 2008) siendo la persecución por razón de sexo (...) encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales”. Con la práctica de la ablación se vulnera la *Convención de Ginebra* y la *Declaración de los Derechos del Niño*. En consecuencia, y teniendo en cuenta las Resoluciones de la ONU sobre la situación de presión social en este tipo de países, los tribunales determinan que “la huida con la finalidad de evitar esa reprobable práctica de la ablación genital encuentra acomodo y acogida dentro de las causas de asilo por constituir la amenaza de dicha práctica una persecución por razón de género encuadrable entre las persecuciones sociales a que se refiere la Convención de Ginebra” (STS 11 de mayo de 2009 FJ 3º). En efecto, la Jurisprudencia determina que la mutilación genital femenina es una persecución personal que atenta contra el derecho a la vida e integridad física de las mujeres constituyendo una forma de violencia específicamente dirigida contra las mujeres; pese a que la persecución por motivos de género no está prevista expresamente en la *Convención de Ginebra*, se encuadra dentro de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social; que la ablación es una forma de discriminación y de violencia sexual que constituye mecanismo de persecución independientemente que el agente de persecución sea estatal o particular; que el Estado es responsable cuando la persecución se produce por parte de agentes no estatales si el Estado tolera esta práctica, o se niega o es incapaz de proporcionar protección.

A la luz de lo anterior, concurre una persecución por razón de género subsumible en el precepto 1.A.2 de la *Convención de Ginebra* [...] **debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país**”. Esta persecución por motivos de género es un acto de discriminación y violencia sexual, en consonancia con las “Directrices de Protección internacional sobre persecución por motivos de género” dictadas por ACNUR (que dice que “*Las solicitudes por motivos de género abarcan, generalmente, los actos de violencia sexual, la violencia doméstica y familiar, la planificación familiar forzada, lamutilación genital femenina, el castigo por transgredir los valores y costumbres morales, y la discriminación contra los homosexuales*”). Laina y Alima ostentarían la condición de “refugiadas” que exige el artículo segundo de la ley 12/2009 para tener acceso al derecho de asilo. Podría existir en ellas un temor de fundado de persecución por actos de violencia sexual de carácter grave (art. 6 Ley 12/2009) que implican la vulneración de derechos humanos protegidos en la *Convención de Ginebra*. España estaría obligada a garantizar que las

menores no sufran torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes que garantiza el artículo 7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. En consecuencia, la solicitud de asilo tendría fundamento para ser admitida.

La resolución favorable supone la no devolución ni expulsión de los extranjeros a su país de origen y el reconocimiento de los derechos establecidos en la normativa de extranjería: se concede al matrimonio una autorización de residencia y trabajo en las mismas condiciones que los nacionales españoles para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles, tanto por cuenta propia como ajena (art. 33 RD 203/1995); expedición de documentos de identidad y libertad de circulación para los cuatro miembros de la familia así como también el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social, servicios sociales y el resto de derechos previstos en el artículo 36 de la Ley 12/2009.

CONCLUSIONES

El derecho de asilo solicitado no podría concederse a los cuatro nacionales de Dinamarca por tratarse de ciudadanos comunitarios con derecho a circular y residir libremente en todo el Espacio Schengen. Los extranjeros restantes tampoco merecerían protección internacional por no acreditar persecución en su lugar de origen excepto la familia procedente de Burkina Faso que acredita presuntamente huyendo de su país por temor a que sus hijas sufran una mutilación genital femenina, práctica habitual en Uagadugú.

ANTECEDENTES DE HECHO

La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra procede a realizar una Inspección ante posibles infracciones en materia laboral y de prevención de riesgos laborales por parte de la empresa propietaria del buque “Sousa Holstein S.A.”.

A continuación, se procede a emitir valoración jurídica sobre los aspectos relativos a las condiciones laborales y de prevención de riesgos laborales de los trabajadores, seis nacionales de España y cuatro procedentes de Dinamarca. Asimismo, se emite informe razonado sobre la viabilidad de las dos prestaciones que solicita el matrimonio formado por la Sra. Amina y el señor Thomas: prestación por desempleo y prestación familiar de la seguridad social por tener dos hijas menores de edad (Laina y Amina).

ANÁLISIS JURÍDICO

1.- TRABAJADORES DE “SOUSA HOLSTEIN S.A.”

Los seis nacionales españoles así como los dos daneses puede pensarse que son trabajadores del buque (posible contrato en Anexo como documento nº 2). Analizamos a continuación esta posibilidad.

En su defensa, las personas españolas argumentan ser objeto de un delito de tráfico ilícito de migrantes. Esta pretensión es difícil de sostener a la vista de que se dirigían a España portando estos seis la nacionalidad española.

Las cuatro personas procedentes de Dinamarca basaron su defensa, al igual que los españoles, en ser objeto de tráfico ilícito de migrantes pero lo cierto es que se encontraban en situación regular en España, recordemos que estamos ante ciudadanos comunitarios por lo que tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español. Por tanto, concurren las mismas circunstancias que en el caso de las personas españolas por lo que podría pensarse que son trabajadores de la empresa “Sousa Holstein S.A.”.

Al ser ciudadanos comunitarios no es de aplicación la Ley 4/2000 sino el Real Decreto 240/2007, de 6 de febrero, dictado en virtud de la competencia exclusiva a favor del Estado que expresa el artículo 149.1.2º de la Constitución *Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*. Según éste, la entrada de las cuatro personas en España se produce de forma lícita con el único requisito del pasaporte. Su pertenencia al Espacio Schengen se le concede un derecho de residencia en virtud del artículo 3.1 RD 240/2007⁵¹⁵². En consecuencia, no pueden ser objeto de expulsión⁵³.

Tan pronto como tuvo conocimiento del asunto, la Inspección de Trabajo procedió a analizar la situación laboral de todo el personal. Tras las oportunas averiguaciones, se constató de la inexistencia de contrato de trabajo (en contra de lo que argumentaba la empresa) y, en consecuencia, la no afiliación a la Seguridad Social.

⁵¹ Art. 6.1 RD 240/2007.

⁵² Además artículo 1 de la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio.

⁵³ Así lo prohíbe el RD 240/2007.

Pues bien, el hecho de que efectivamente no se haya firmado un contrato de trabajo no implica la inexistencia de una relación laboral por los motivos expuestos anteriormente. Podríamos estar ante una relación laboral efectuada a través de un contrato verbal (art. 8.1 ET) entre la empresa propietaria del buque, “Sousa Holstein S.A.”, y cada trabajador (SAN 35/2009, de 30 julio). Este contrato verbal supondría un acuerdo expresado oralmente en el que los nacionales españoles se obligasen a prestar un servicio personal “Sousa Holstein S.A.” Este tipo de contratos tienen la misma validez que los realizados por escrito siempre que concurren los elementos constitutivos de los contratos.

Primero, la prestación de un servicio personal en cuanto que realización de una actividad de carácter laboral por parte del trabajador en beneficio de otra.

Segundo, tiene que darse una situación de subordinación jurídica, entendiendo como tal la facultad del empleador para dar órdenes o instrucciones a los trabajadores sobre la forma de realizar la actividad en el plazo estipulado y la cantidad especificada por la empresa.

Tercero, pago de una remuneración. Como consecuencia del trabajo, los trabajadores percibirían a cambio una contraprestación económica, un salario como retribución por la actividad laboral realizada (art. 26.1 ET)⁵⁴.

Estos tres elementos son esenciales para que podamos hablar en nuestro supuesto de la presunta existencia de un contrato de trabajo al cumplirse en su totalidad lo estipulado en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores [...] *los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*. El supuesto contrato verbal de nuestro caso sería subsumible dentro de esta definición y con idéntica validez que si de un contrato escrito se tratase; por ello, la supuesta relación laboral estaría regulada por el Estatuto de los Trabajadores.

Además, como trabajadores es obligatoria su alta en la Seguridad Social, obligación que Sousa Holstein S.A. tendría obligación de ejercitar. En cuanto a materia de Seguridad Social, los trabajadores españoles entrarían dentro del ámbito de aplicación del artículo 2.a 1º) del Real Decreto 2864/1974 como [...] *Trabajadores por cuenta ajena, retribuidos a salario o a la parte, empleados en] [pesca marítima en cualquiera de sus modalidades] así como [extracción de otros productos del mar]*. Por tanto, sería de aplicación en ese caso el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

En este régimen especial, se consideraría empresario “*aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, al naviero, armador o propietario de embarcaciones o instalaciones marítimo-pesqueras, Organización de Trabajos Portuarios y a cualquier otra persona, natural o jurídica, pública o privada, que emplee trabajadores incluidos en el campo de aplicación de dicho Régimen*” (art. 5 RD 2864/1974). Esto es, Sousa Holstein S.A.

Por otra parte, el reconocimiento de la condición de afiliado a un trabajador tendría como efectos la incorporación del trabajador al Registro de la Tesorería General de la Seguridad Social, constanding sus datos y circunstancias laborales relevantes en el respectivo fichero. Se le asignará un número de afiliado, de carácter vitalicio, único, individual y válido para todo el territorio nacional, anotándose el mismo en su fichero correspondiente (art. 34 RD 84/1996 y art. 10 Decreto 2864/1974). Como resulta obvio, la afiliación de los trabajadores se hará con respecto al Régimen Especial de los

⁵⁴ Art. 29 ET.

Trabajadores del Mar, por ser de aplicación en este supuesto (art. 35.1 RD 84/1996). La situación de alta de los trabajadores practicada de oficio tiene efectos retroactivos, esto es, considerándose en situación de alta desde la fecha en la que se ha llevado a cabo la Inspección⁵⁵. Una vez efectuada el alta, la Administración expedirá unos justificantes que deben ser conservados por la empresa mientras el trabajador no esté en situación de baja y, cualquier caso, durante un período de tiempo de 5 años (art. 35.4 RD 84/1996). Como se trata de personal embarcado, los datos relativos a la afiliación se inscribirán en la Libreta de Inscripción Marítima (art. 10.3 Decreto 2864/1974).

La obligación de cotizar nace al iniciarse la prestación de servicios o actividades dentro del Régimen Especial del Mar aunque no se hubiera cumplido la obligación de solicitar el alta, y, en su caso, la afiliación de los trabajadores. Al procederse de oficio a dar de alta a éstos, la obligación de cotizar se produce automáticamente, subsistiendo sin interrupción hasta el momento de cese del asalariado (art. 17 Decreto 2864/1974). Así, la cotización tiene dos aportaciones (trabajador y empresario) siendo ellas por cuenta del empresario⁵⁶ ante el Instituto Social de la Marina, entidad gestora en este Régimen Especial (art. 45.1 Decreto 2864/1974) con capacidad jurídica y patrimonial propia⁵⁷. Una vez que se legaliza su situación laboral, los presuntos trabajadores gozan de los derechos inherentes a la condición de afiliado, teniendo las prestaciones asistenciales contenidas en el Real Decreto 869/2007, de 2 de julio.

Teniendo como premisa que los nacionales son trabajadores, es ahora necesario examinar las condiciones laborales en materia de seguridad en el trabajo como competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.7ª, 16ª, 19ª, 20ª y 30ª; y así se reafirma en la Ley General de Sanidad, cuyo precepto 38.1 dispone que son competencia exclusiva del Estado *la sanidad exterior y las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales*. La legislación laboral marítima en España se ha efectuado con el fin de dar cumplimiento al Derecho europeo que impone determinadas obligaciones laborales a través de la *Directiva 92/29/CEE, de 31 de marzo, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para promover una mejor asistencia médica a bordo de los buques*.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente y en el caso de que consideremos que sean trabajadores de la empresa, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social presumiría la posible comisión de dos infracciones en materia de relaciones laborales (Acta de Infracción en el Anexo como documento nº 3).

Básicamente se resumen en una primera infracción por la inexistencia de contrato de trabajo en ninguno de los diez trabajadores, calificándose como grave el artículo 7.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. En consecuencia, procede imponer una sanción en grado máxima. La cuantía de la misma asciende a 3.126€ por cada uno de los trabajadores, totalizando 31.260€.

Y, una segunda infracción tipificada como grave consistente en que Sousa Holstein S.A., no solicitó la afiliación de los trabajadores en la seguridad social desde el inicio de la relación laboral de los trabajadores con la empresa. Se califica como grave en el artículo 22.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, correspondiendo una sanción en grado máximo. Lo que supone una cuantía de sanción de 10.000€ por cada uno de los trabajadores, totalizando 100.000€.

⁵⁵ Art. 25.1.2º RD 84/1996.

⁵⁶ Art. 16.2 Decreto 2864/1974.

⁵⁷ Disposición Transitoria Segunda Decreto 2864/1974.

2.- PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Los cuatro nacionales de Burkina Faso solicitan dos prestaciones: por un lado, una prestación por desempleo y, por otro, una prestación familiar de la seguridad social por hijos menores de edad a su cargo. Analizamos primeramente si corresponde la concesión de la prestación por situación de desempleo.

La Ley 4/2000 enuncia los derechos que se conceden a los familiares de Burkina Faso como solicitantes de asilo, entre las que se encuentran las prestaciones en materia de seguridad social:

1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos:

(...) f) a la atención sanitaria en las condiciones expuestas;

g) a recibir prestaciones sociales específicas en los términos que se recogen en esta Ley.

De los que tuvieron que ser informados al presentar la solicitud, al amparo del artículo 17.3.e de la Ley 4/2000. Específicamente la normativa de asilo prevé en el artículo 30.1:

Se proporcionará a las personas solicitantes de protección internacional, siempre que carezcan de recursos económicos, los servicios sociales y de acogida necesarios con la finalidad de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad, sin perjuicio, en tanto que extranjeros, de lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en su normativa de desarrollo.

Las prestaciones contenidas en el precepto para los solicitantes de asilo se limitan a dar una cobertura económica que garantice mínimamente la subsistencia, siendo prestaciones esenciales o indispensables. Ello está garantizado aunque se encuentren en situación irregular en España, ya que son prestaciones básicas⁵⁸.

La protección por desempleo está prevista para garantizar una cobertura mínima que de alguna manera sustituya por un determinado período de tiempo la renta salarial que se ha dejado de percibir como consecuencia de la pérdida de empleo. Para que un extranjero pueda ser beneficiario de la prestación es necesario que cumplan los requisitos. El problema que se nos plantea encuentra su solución en otro precepto al no entrar dentro del ámbito de aplicación:

1. Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional (...).

Por tanto, para que sea aplicable el régimen contributivo de prestación por desempleo de la Seguridad Social es obligatorio que los nacionales no comunitarios se encuentren legalmente en España, requisito que no concurre puesto que fueron hallados a bordo del buque sin documentación y en situación irregular; y, además, tampoco ejercen una actividad económica en España sino que se encuentra en trámite su solicitud de asilo.

⁵⁸ Art. 14.3 Ley 4/2000.

La Jurisprudencia se planteó la cuestión y estableció una doctrina resolviendo el interrogante acerca del derecho de los inmigrantes en situación irregular poseen o no cobertura por desempleo. El Tribunal Supremo dictaminó que “Ni tampoco es lógico, reconocer a los extranjeros en situación irregular, los mismos derechos que a los extranjeros residentes (que en la materia que nos ocupa tienen los mismos que los españoles) cuando es notorio que la legislación española de extranjería ha estado orientada siempre a estimular la emigración legal”. Doctrina que la legislación también ha recogido en sus disposiciones” [...] “Que la LO 4/2000 en el punto IV de su exposición de motivos subraya también que su objetivo es "incentivar a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular". Y que la exposición de motivos de la LO 14/2003 vuelve a repetir que la mejora de la gestión que establece tiene "el fin de favorecer la inmigración legal y la integración de los extranjeros que, de esta manera, accedan y residan en nuestro territorio” (STS 18 de marzo de 2008, FJ 5º; STS 12 de noviembre de 2008, FJ 2º) -art. 36.5 Ley 4/2000: *En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo-*.

Distinto es el caso si se concede el derecho de asilo ya que éste supone autorizar a los extranjeros a los que se reconoce la condición de asilado a residir y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles durante el tiempo que subsisten las circunstancias que motivaron su solicitud de asilo (persecución en Burkina Faso). Así pues, la concesión de asilo implica la autorización de residencia en España, la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales (art. 36.1.c Ley 4/2000). A partir de ese momento legalmente se considera que los nacionales de Burkina Faso se encuentran en situación regular en España, lo que les faculta para acceder al Sistema de Seguridad Social en los mismos términos que los extranjeros que disponen de las correspondientes autorizaciones para residir y trabajar en territorio español, como expresamente señala la mencionada norma reglamentaria social, al establecer que la incorporación de estas personas al Sistema de Seguridad Social se regirá por las disposiciones de la Ley de extranjería. (art. 15.1 RD 203/1995).

No obstante, aunque tras la concesión de la protección internacional regularicen su situación en España es necesario además que desarrollen una actividad mercantil por cuenta propia o ajena de idéntica forma y condiciones que los nacionales españoles (art. 14.1 Ley 4/2000).

3.- PRESTACIÓN POR HIJOS MENORES DE EDAD

La Seguridad Social prevé una prestación familiar no contributiva por la tenencia de hijos menores a cargo, consistente en una asignación económica reconocida por cada hijo dependiente del beneficiario.

El matrimonio nacional de Burkina Faso tienen dos hijas menores de edad, Laina y Alima, por lo que se procede a examinar si cumplen los requisitos para acceder a esta concreta prestación de la Seguridad Social.

Su regulación se encuentra en el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, disponiendo en su articulado que solamente uno de los progenitores puede ser considerado beneficiario. Es preciso que ninguno de ellos perciba ingresos, sea cual sea su naturaleza, que en cómputo anual no excedan de los límites establecidos en la norma. Presumimos que dicho requisito se cumple en nuestro supuesto al no tener constancia de que los extranjeros cuenten con ingresos económicos. Asimismo, esta prestación es incompatible con cualquier otra procedente del cualquier régimen público de protección social.

No obstante, es condición indispensable que ellos residan legalmente en territorio español en virtud del artículo 10.1.a del RD 1335/2005 al expresar que “Residan legalmente en territorio español. Se considerará cumplida esta condición en el supuesto de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, que se encuentren en situación asimilada a la de alta y coticen en el correspondiente régimen de Seguridad Social español. La residencia legal en territorio español es aplicable al sr. Amina y al Sr. Thomas pero parece también aplicable a las hijas menores si tenemos en consideración lo dispuesto en el artículo 182.1.b de la LGSS. Son embargo, los tribunales han realizado una interpretación de dicho precepto sosteniendo que “la finalidad de ésta [prestación social por hijos] no es en ningún caso fomentar la convivencia, muchas veces imposible de hecho, sino proveer a la subsistencia de personas con nulos o escasísimos recursos económicos»; y si bien es cierto que el apartado a) de dicho precepto (aplicable a una prestación causada con efectos de 1 de septiembre de 2003) «concede el derecho debatido para quienes residan legalmente en territorio español,...a falta de norma más expresa, ha de entenderse que el requisito de residencia hace referencia al beneficiario a cuyo cargo están los hijos y no a la convivencia con estos en el territorio español». La eliminación de la convivencia como requisito necesario para lucrar la prestación de la que aquí se trata –sigue afirmando dicha sentencia– resulta también del art. 1.g) del Convenio número 157 de la Organización Internacional del Trabajo” (STSJ Cataluña 19 de abril de 2006, FJ 1º)⁵⁹.

En conclusión, los solicitantes cumplen todos los requisitos de acceso a la prestación excepto “la residencia legal en territorio español” (se encuentran a la espera de la concesión de asilo) y, aunque la Jurisprudencia haya determinado exentas de dicho requisito a las hijas menores de edad, los padres se encuentran en una situación administrativa irregular en España por lo que esta prestación familiar debe ser denegada.

CONCLUSIONES

Considerando a los nacionales españoles y daneses trabajadores de la empresa, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social detectaría por parte de “Sousa Holstein S.A.” la comisión de dos infracciones en materia laboral. Asimismo, las prestaciones solicitadas por los nacionales de Burkina Faso tendrían de ser denegadas al no cumplir todos los requisitos que exige la legislación social para su concesión.

⁵⁹ Así STSJ Castilla la Mancha 20 de junio de 2001, FJ 3º; STSJ Madrid, FJ 3º.

ANTECEDENTES DE HECHO

La empresa “Sousa Holstein S.A.”, precisa la contratación mercantil para el desarrollo de su actividad comercial, que efectúa mediante la celebración de contratos con distintas entidades mercantiles. A continuación se procede a emitir informe en el que se identifican y analizan los distintos posibles contratos de carácter mercantil que aparecen en el supuesto.

ANÁLISIS JURÍDICO

1.- CONTRATO DE FLETAMENTO

Si presumimos que la titularidad del buque “Pobre Mitrofán” no pertenece a Sousa Holstein S.A., la empresa ha tenido que efectuar un contrato de arrendamiento para su utilización.

En el contrato de arrendamiento el propietario del barco, como arrendador, se obliga a poner a disposición de la empresa, en calidad de arrendataria, el uso buque por un tiempo determinado. En cuanto a esto último, se entiende que el contrato se hace extensible durante todo el tiempo que la empresa se traslada por vía marítima para la pesca y captura de los productos marinos necesarios para llevar a cabo su actividad empresarial.

No obstante, el contrato (en Anexo como documento nº4) que concurriría aquí sería el fletamento si que se presume que cuando la empresa recibe el buque se encontraba armado y equipado, correspondiendo la obligación al fletante que conserva la gestión náutica del mismo e incluso mantener su posesión a través del Capitán, mientras que Sousa Holstein S.A. se compromete a pagar el precio convenio, denominado flete, que constituye su obligación principal.

Dentro del contrato mencionado existen dos modalidades, el fletamento por viaje y el fletamento por tiempo (también denominado “time charter”). En cuanto al primero, en el fletamento por viaje, el fletante no solamente pone a disposición del fletador el buque sino que además se obliga a realizar uno o más viajes. Por tanto, tiene un mayor control sobre el buque que en la otra modalidad puesto que se compromete a trasladarlo de un puerto a otro.

En éste, el fletante pone a disposición el buque armado y equipado durante un período de tiempo, en virtud del artículo 652.8 Cdc. Es conveniente aclarar aquí la consideración por los tribunales como una tipología de fletamento y no de arrendamiento al expresar que “ (...) en el fletamento por tiempo (time-charter), cual es el caso, el control del capitán y de la dotación lo conserva el fletante, quien se compromete a poner a disposición del fletador los servicios del capitán y de la tripulación para conseguir el fin del contrato, pero el capitán, aunque sometido a las órdenes del fletador en la ejecución del mismo, conserva la posesión del buque en representación del fletante, de manera que al terminar el contrato nada hay que devolver a éste, extremos que diferencian el contrato de fletamento del arrendamiento del buque, aunque ambos institutos jurídicos mantengan grandes semejanzas...” (STS 1 de abril de 1995).

Las obligaciones que asume el fletante son, en primer lugar, obligase a poner a disposición de la empresa el buque “Pobre Mitrofán” en el momento y lugar convenido con anterioridad por todo el tiempo de vigencia del contrato, independientemente del número de viajes que efectúe la entidad conservera. Para ello, el mismo tiene que entregarse armado y equipado y en las condiciones de navegabilidad precisas, incluyendo las instalaciones adecuadas para la conservación de posibles

mercancías.

Por el contrario, la empresa tiene que utilizar el buque de acuerdo con la finalidad pactada en el contrato en lo referente al destino de la mercancía así como a los lugares en los que puede navegar. Así, dentro de estos límites puede efectuar los viajes que desee siendo los gastos originados a su cargo.

Además, está obligado al pago de la contraprestación estipulada en el contrato, el flete, desde el día en que el buque se entrega. Ante una posible falta de pago, el ordenamiento confiere un derecho de crédito privilegiado sobre el importe de la venta del cargamento (art. 667 Cdc)⁶⁰.

Respecto a la extinción del contrato, se resolverá, en primer lugar, por mutuo acuerdo entre las dos partes; a petición del fletador y demás causas previstas en el artículo 688 del Cdc; a petición del fletante en los dos motivos expuestos en el artículo 689 del Cdc; y, por último, cuando concurren causas de fuerza mayor contempladas en la ley que hacen imposible la ejecución del contrato de fletamento.

2.- CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO

En el epígrafe anterior, analizamos la posibilidad de que “Pobre Mitrofán” no fuese propiedad de la empresa “Sousa Holstein S.A.”. Así, si la entidad conservera empleaba el buque pero además se encargaba de armarlo y equiparlo por su cuenta, entonces con estamos simplemente ante un arrendamiento de buque. Mientras que, si el titular del buque asumía la obligación de contratar a la tripulación así como la maquinaria necesaria, estamos ante un arrendamiento de buque manifestado a través de un contrato de fletamento marítimo.

Como en nuestro supuesto no se menciona expresamente quién es el titular del buque, es conveniente también analizar la posibilidad de que la propietaria del mismo sea la empresa Sousa Holstein S.A. En dicho caso, la sociedad ha tenido que formalizar un contrato de seguro ante la concurrencia de daños producidos por los riesgos que puedan aparecer mientras desarrolla sus funciones comerciales (en Anexo como documento nº 5).

Este contrato, también denominado de indemnización efectiva, pretende cubrir el cargamento transportado contra los riesgos que las amenazan durante el tiempo que dura el transporte de un puerto a otro, a cambio de una prima y dentro de los límites convenidos.

El seguro marítimo, al ser un contrato formal, la póliza constituye un requisito esencial para su validez (art 737 y SSTS de 23 de enero de 1996, 23 de julio de 1998 y 2 de diciembre de 1988). No obstante, ya no se da un tratamiento demasiado estricto a este requisito (SSTS de 20 de febrero de 1995 y 16 de febrero de 1994).

En el contrato de seguro se integran unas condiciones generales, establecidas en todo contrato, y unas condiciones particulares, específicas pactadas por la empresa y la compañía aseguradora. Es destacable la inclusión de las cláusulas inglesas del Instituto de Aseguradores de Londres debido a que la Jurisprudencia ha reiterado su validez, lo que permite considerar las cláusulas del Instituto de Londres como verdaderas condiciones particulares del seguro marítimo español⁶¹.

⁶⁰ En consonancia con los arts. 665, 666 y 668 Cdc.

⁶¹ SSTS de 23 de julio de 1998, 2 de diciembre de 1997, y 3 de octubre de 1993.

En lo referente a la obligación del fletador, como parte asegurada, su obligación principal es pagar la prima en el tiempo, lugar y modo convenidos (art 738.13 Cdc). El artículo 756 del Cdc dispone que “*los aseguradores harán suyo el premio, siempre que hubiere empezado a correr el riesgo*”, significando que la prima se debe en su totalidad desde que comienza el riesgo, y al margen de la producción del posible siniestro. Además, la prima convenida no puede modificarse durante la vigencia del contrato de seguro aunque circunstancias objetivas posteriores modifiquen el riesgo⁶².

Al lado de la obligación fundamental del pago de la prima, en el seguro marítimo existen una serie de cargas impuestas al asegurado: valorar con exactitud y de forma completa los intereses objeto del seguro (la mercancía); manifestar con exactitud y de forma completa las circunstancias influyentes en la valoración del riesgo; comunicar los demás seguros concertados sobre el mismo interés asegurado; poner en conocimiento del asegurador las incidencias de la navegación y principalmente las que puedan agravar el riesgo; sobrevenido el siniestro, el asegurado deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento de asegurador por el medio más rápido; comunicar las circunstancias del siniestro; actuar diligentemente para disminuir el daño, esto es, el “deber de salvamento”; requerir la intervención de peritos para comprobar las circunstancias y entidad del siniestro; colaborar en la subrogación de la acción de daños contra el causante del siniestro.

Como sucede con el asegurado, es necesario distinguir entre obligaciones y deberes del asegurador. Las obligaciones se posponen hasta la producción del siniestro, y los deberes son anteriores a la realidad del daño. La realización del siniestro engendra la obligación fundamental de indemnizar el daño que sobrevenga a los intereses asegurados en el lugar, plazo y forma convenidos (art. 738.15 y 16 Cdc). Ésta es la obligación única y esencial del asegurador. El pago, salvo pacto en contrario, debe hacerse en el plazo de quince días, contados desde que el asegurador haya recibido los documentos exigidos. El asegurador que rechace el siniestro debe contradecirlo judicialmente y el juez decidirá, en trámite previo de comparecencia, si el asegurador está obligado a depositar la cantidad que resulte de los justificantes o deberá entregarla al asegurado mediante fianza suficiente (art 770). Asimismo, es obligatorio la entrega del contrato de seguro a la sociedad, en virtud del artículo 737 Cdc.

3.- CONTRATO DE TRANSPORTE

Es posible también que la empresa haya suscrito un “contrato de transporte de mercancías” (en Anexo como documento n° 6).

En este tipo de contrato se distinguen tres sujetos, cargador, porteador y destinatario. El primero, que contrata con el porteador la ejecución del contrato y le entrega las mercancías para que sean transportadas en el plazo y modo fijado expresamente por escrito. El segundo, que efectúa en la práctica el transporte de las mercancías hasta los establecimientos comerciales con los que ha efectuado un contrato de suministro. Asume la responsabilidad de la ejecución del transporte y de la custodia de lo transportado, por lo que el contrato le obliga a conseguir un determinado resultado. Tercero, el destinatario, a quien corresponde hacer entrega de los productos en el lugar de destino pactado. No pertenece a la relación jurídica creada en virtud del contrato que estamos analizando pero la legislación le faculta a exigir su entrega una vez que transcurre el plazo convenido.

En cuanto a las obligaciones del cargador, debe entregar el objeto del contrato en idénticas condiciones a como las ha recibido; además, debe adjuntar la carta de porte y poner a disposición del porteador toda la documentación relativa a las mercancías para la realización del transporte; también asume las operaciones de carga de los productos a bordo del vehículo utilizado así como

⁶² Excepciones arts. 13 LCS y 757 Cdc.

los daños producidos en las operaciones que sea por su cuenta; por último, ha de efectuar el pago del precio estipulado así como aquellos otros gastos derivados del transporte.

Por su parte, el porteador está obligado a la recepción de lo transportado en las condiciones del contrato y poner a disposición del cargador el medio de transporte para trasladar las mercancías hasta el lugar donde van a ser recibidas por el destinatario. Asimismo, tiene que seguir la ruta prevista en el contrato siempre con las indicaciones que emitidas por el cargador y depositar, finalmente, los productos en el lugar y plazo pactado en el contrato.

Por último, de entre las obligaciones del destinatario, al no ser parte en el contrato, solamente puede solicitar la entrega de lo transportado una vez pasado el plazo estipulado. Así, en el momento de su recepción, está obligado a pagar el precio por el transporte.

4.- CONTRATO DE SUMINISTRO

Como se ha mencionado anteriormente, ha efectuado un contrato a través del cual se ha comprometido a realizar entregas periódicas de mercancías mediante el correspondiente contrato de suministro (en Anexo como documento nº 7), a cambio de una contraprestación económica. Confluyen así dos sujetos diferenciados proveedor y suministrado, con las siguientes obligaciones contractuales. En cuanto a las obligaciones del proveedor, tiene la obligación de entregar las cosas genéricas, esto es, puesta en poder y posesión del suministrado. Por la otra parte, el suministrado tiene que pagar el precio en la forma y momento convenidos en el contrato.

Cabe resaltar de que, al tratarse de prestaciones continuadas, en caso de que la empresa no efectúe alguna entrega, ello no equivale a una rescisión del contrato. De esta manera, para que el establecimiento pueda legalmente rescindir el contrato se exige que el incumplimiento genere un perjuicio carácter grave para la otra parte, como ocurre en el supuesto de prestaciones defectuosas, calidad inferior a la establecida en el contrato o incumplimiento de cualquier otra disposición convenida por las partes.

CONCLUSIONES

La empresa “Sousa Holstein S.A.” precisa establecer contratos mercantiles con distintos sujetos para desarrollar su actividad mercantil. En caso de que el buque no sea de su propiedad, se intuye que se efectúa un contrato de arrendamiento (si se presume que el buque no está armado y equipado) o de fletamento (si está armado). Además, es probable que haya contratado un seguro marítimo para proteger las mercancías ante posibles riesgos. Así, también puede existir un contrato de suministro con el fin de dar destino a sus mercancías, para lo que se hace necesario también convenir el correspondiente contrato de transporte.

ANTECEDENTES DE HECHO

La empresa “Sousa Holstein S.A.” propietaria del buque “Pobre Mitrofán” con domicilio social en Lalín (Pontevedra) ha designado administrador único de la sociedad al Sr. Silvestre-Holms, de nacionalidad española, al mismo tiempo que ostentaba la condición de Senador de las Cortes Generales. El día 3 de enero de 2014, el juez ordena su detención en el marco de la instrucción por un presunto delito de tráfico ilícito de migrantes cometido a bordo del buque. Se procede a analizar si el cargo político desempeñado en la actualidad es compatible con el desarrollo de funciones profesionales en el órgano de administración de la empresa así como la problemática que conlleva la detención debido a su condición de aforado.

ANÁLISIS JURÍDICO

1.- LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

La *Ley de Sociedades de Capital* (en adelante LSC) atribuye la competencia de gestión y representación (en juicio o fuera de él) de la sociedad al órgano de administración (art. 209) cuyas funciones son ejercidas en “Sousa Holstein S.A.” por el Sr. Silvestre-Holms designado administrador único de la misma, en virtud de la *Ley de Sociedades de Capital* y del *Código de Comercio*. Su cargo lleva inherente una serie de deberes básicos que debe cumplir como representante de la compañía que regula el Capítulo III del Título VI de la LSC. En primer lugar, debe desempeñar su cargo de forma diligente y defender de forma leal los intereses de la sociedad como profesional por cuenta ajena de una actividad de riesgo patrimonial con repercusión social (actividad empresarial). Dichos principios recaen sobre “el conjunto de actos de variada índole, que se realizan sobre el patrimonio social y que tienden a la consecución del objeto social estatutariamente establecido”.

Debido a los graves perjuicios que pudiesen derivarse de una anormal ejercicio de sus funciones frente a terceros (acreedores, trabajadores...) o a la misma sociedad, se exigen unas pautas básicas de formación y corrección objetivas (diligencia y lealtad). La conducta general establecida en el artículo 225.1 de la LSC presupone el grado de diligencia que resulta exigible en el desarrollo de las funciones, idéntico para todos los administradores independientemente de cual sea el puesto que ocupen en el órgano de administración y tengan o no remuneración. Así, el precepto determina que el administrador ha de actuar *con la diligencia del ordenado empresario*. El término “empresario” expresado no tiene eficacia en el plano jurídico ya que es evidente que empresario solamente es el propietario de “Sousa Holstein S.A.”, pero “de facto” actúa como tal ya que se presume que gestiona los diferentes recursos de la sociedad con el fin de obtener un beneficio empresarial. Ello determina que su actuación se ciña a la diligencia profesional dentro de su ámbito de actuación. La diligencia es un concepto jurídico indeterminado que la Jurisprudencia ha tratado de definir como la “conducta socialmente esperable en el tráfico, integrando en gran medida los usos del comercio y las buenas prácticas de la gestión empresarial” (SAP Navarra 15 de febrero de 1995, FJ 6º). Su inobservancia (aunque sea mínima) puede originar responsabilidad para el administrador, por lo que su régimen de responsabilidad es muy estricto, respondiendo del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos y, en general, *por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo* (artículo 236.1 LSC).

Sin embargo, la buena “diligencia” no se extiende a la situación económica que tenga la empresa, es decir, el administrador está obligado a realizar sus funciones con diligencia independientemente de los beneficios que alcance la empresa. Sólo en el supuesto de que una conducta negligente cause daños a la sociedad, éste puede llegar a responder con su propio patrimonio.

En segundo lugar, el artículo 225.2 impone el deber del administrador *informarse diligentemente de la marcha de la sociedad* que implica el conocimiento permanente de la situación de la empresa, sobre todo el ámbito patrimonial, con el fin de responder eficazmente ante las circunstancias que presente en cada momento la entidad. Por lo que no se permite restringir su acceso a la información relativa a la empresa. Esta carga no puede otorgarse por delegación a otra persona, desviando su responsabilidad para con la misma.

El precepto siguiente obliga velar por los intereses de la sociedad anteponiendo cualquier otro, propio o de terceros. Es el deber de lealtad actuado *como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos*. La primacía del bien de la empresa deriva en nuestro ordenamiento de una exigencia de la buena fe en el sistema contractual en aquellos casos en que por la relación contractual del sujeto con la misma pueda alterar su posición jurídica (STS 4 de octubre de 2011, FJ 2º). Ese interés social se corresponde con el interés común de los accionistas como suma de los intereses particulares de los socios (STS 12 de julio de 2002, FJ 5º). La mención del deber del artículo 226 se complementa con la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador, la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio, la prohibición de competencia y el tratamiento general de las demás situaciones de conflicto de intereses (artículos 227 a 230).

Así, el artículo 227 dispone que *los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas*. Esta doble prohibición impide al administrador aparentar que contrata en nombre de la empresa cuando en realidad lo haga para sí. Cuando esas operaciones se efectúen por conocimiento adquirido en el ejercicio del cargo y relativas a bienes patrimoniales de la sociedad, no es posible ya que se incumpliría la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio.

Además, en caso de existir conflicto de intereses es necesario comunicarlo para que la sociedad tenga conocimiento de las causas concretas. No obstante, la expresión conflicto de intereses constituye un concepto jurídico indeterminado que se valorará en función de las circunstancias del caso. Y, por último, el administrador de la sociedad de capital tiene una prohibición de competencia no pueden dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social (artículo 230.1 LSC). Sin embargo, como más adelante se verá, la junta general puede dispensar esta prohibición y autorizar esa dedicación (STS 7 de noviembre de 1986, FJ 2º).

Una vez esbozadas las funciones y obligaciones del administrador de la empresa, procedemos a examinar su regulación legal. Los estatutos de la sociedad recogen la composición del órgano de administración de la misma por exigencia del artículo 23.e LSC (no es necesario ser socio en virtud del art. 212 LSC). Se parte de la presunción en nuestro supuesto de que en los estatutos figura el Sr. Silvestre Holms, siendo en consecuencia un administrador de derecho. En caso contrario, habría que examinar si las funciones que desarrolla dentro de la empresa se corresponden con la de un auténtico administrador y, por ende, adquiere la condición de administrador de hecho.

Esta figura fue introducida en el ordenamiento por la necesidad de mantener y garantizar la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la interpretación integradora de las normas de nuestro ordenamiento. La legislación penal ha introducido en varios preceptos su responsabilidad (art. 31 CP), siendo perfilada de manera más concreta en el ámbito judicial por diversas resoluciones del Tribunal Supremo.

El artículo 236.1 de la LSC reconoce su responsabilidad al expresar que *Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo*. Surge el interrogante de cómo se determina que una persona es efectivamente “administrador de hecho”.

El Alto Tribunal sostiene que son [...] administradores de hecho los que actúan como tales, sin previo nombramiento o designación, si su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo. Obstará a dicha consideración la existencia de administradores formales que efectivamente desempeñan su función con autoridad sobre los gestores, por lo que no se excluye la eventual concurrencia de responsabilidades si ambos actúan en colaboración sin jerarquía en su relación” (STS 25 de junio de 2010, FJ 3º). El elemento que define esta figura es la de autonomía o falta de subordinación, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que está ejercitando en la práctica las funciones del poder efectivo de administración, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de la voluntad social. Más aun si ese ejercicio se realiza habitualmente de manera profesional con una continuidad efectiva en el tiempo.

No obstante lo anterior, la condición de administrador de hecho conlleva ciertas dificultades a efectos probatorios. Para ello, deberán existir indicios que presupongan que la actuación del Sr. Holms ha sido efectuada sin título formal válido y eficaz; de forma autónoma e independiente; existencia de una participación activa en el desarrollo y formación de la voluntad social; de forma prolongada en el tiempo; conocida y aceptada (aunque sea tácitamente) por la sociedad (SAP Valencia 27 de septiembre de 1999, FJ 2º y SAP Madrid 26 de noviembre de 2010, FJ 2º). En efecto, “por administradores «de derecho» se entiende en cada sociedad los que administran en virtud de un título jurídicamente válido y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General (art. 123 LSA) o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la Sociedad inscrita en el Registro Mercantil. Los «de hecho» serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extra-penales, se entenderá por administrador de hecho a toda persona que por si sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente los expresados en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra” (STS 26 de julio de 2006, FJ 2º).

Lo que se pretende con lo anterior, es confirmar que tanto si el Sr. Silvestre Holms es administrador de derecho (si presumimos que consta inscrito en el Registro Mercantil como tal) como si es administrador de hecho (STS 26 de enero de 2007, FJ Único) no goza de exención de responsabilidad penal en ninguno de los dos casos.

2.- RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADMINISTRADOR

Procedemos en este apartado a analizar la responsabilidad del penal de la empresa “Sousa Holstein S.A.” así como la del Sr. Silvestre Holms en su condición de administrador de la sociedad en relación a la comisión del delito de tráfico ilícito de migrantes tipificado en el artículo 318 bis del CP.

Examinamos la supuesta responsabilidad de los hechos a la sociedad como persona jurídica propietaria del buque y a su administrador. Es un delito previsto en la parte especial del Código Penal considerado grave por la comunidad internacional al atentar contra los derechos humanos.

Antes de la reforma del Código Penal efectuada mediante LO 5/2010, de 22 de julio, la persona jurídica no tenía capacidad para delinquir por lo que permanecía exenta de responsabilidad penal. Así, la supuesta actuación de la empresa “Sousa Holstein S.A.” gozaría de impunidad en base al principio “societas delinquere non potest”. La responsabilidad se traspasaría a la persona física “que actúe como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma” siempre que se produjese una actuación concreta en el delito que cumpliera los requisitos previstos en la legislación penal (STS 22 de mayo de 2000, FJ 3º). No obstante, la conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica por parte del administrador (Sr. Holms) no presupone una responsabilidad objetiva indiscriminada y automática, vulnerando el derecho a la presunción de inocencia, sino que es preciso que en él se den las especiales características de la concreta figura delictiva -tráfico ilícito de migrantes-. (STS 4 de marzo de 1997, FJ 3º; STC 20 de julio de 1993, FJ 3º; STC 25 de septiembre de 1989, FJ 2º).

La entrada en vigor de la reforma en la que se prevé ahora la tipificación expresa de la responsabilidad penal de la empresa, permite atribuir a la empresa conservadora la situación análoga a la autoría de los hechos del artículo 318 bis del CP siempre y cuando hayan sido realizados en su nombre y beneficio por su administrador (de hecho o de derecho), el Sr. Silvestre Holms. En nuestro supuesto destacaría la concurrencia de las siguientes circunstancias: por emplear un buque de su propiedad, “Pobre Mitrofán”, para facilitar la entrada en España de nacionales de terceros Estados burlando el control fronterizo de inmigración; pretender eludir la responsabilidad penal protegiéndose a través de una persona jurídica; negar el delito de tráfico ilícito de migrantes. Estas circunstancias que rodearían los hechos, la sociedad podría considerarse penalmente responsable al amparo del artículo 31 bis del CP imponiéndose en su caso la pena prevista en el apartado 4 del artículo 318 bis “*se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada*” así como la posibilidad de aplicar las demás penas previstas en el artículo 33.7 del CP.

A este respecto conviene señalar que el Código Penal expresa que la responsabilidad de la persona jurídica que acabamos de analizar pervive si queda suficientemente probado que un sujeto de su organización ha cometido un delito en provecho de la misma aunque se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física, ha fallecido o desaparecido, o no se ha podido dirigir el procedimiento frente a ella (art. 31 bis 2 CP).

En cuanto a la responsabilidad penal del administrador, no basta con ser administrador o representante de una persona jurídica para ser de forma automáticamente “autor de los hechos” tipificados en la legislación penal sino que es preciso delimitar su concreta actuación. Así, “no hay responsabilidad sin culpabilidad. De ahí que sea preciso examinar la conducta [...], su intervención en el hecho enjuiciado, pues no basta ser administrador o representante de una persona jurídica para

ser de forma automática criminalmente responsable de las actividades de la misma típicamente previstas en la norma penal. Por ello, con todo acierto, se dice en la sentencia impugnada que será preciso, en orden a concretar la eventual responsabilidad del acusado, delimitar su concreta actuación” (STS 10 de abril de 2001, FJ 3º)⁶³. Y, precisamente, para atribuir responsabilidad al administrador es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos, examinados a continuación.

1) Actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica

“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

Este primer requisito implica que la persona jurídica no responderá penalmente de cualquier delito cometido por un legal representante suyo, sino sólo de aquellos delitos cometidos por una persona física que actúe en la comisión del hecho delictivo en calidad de representante de la persona jurídica y en el marco de sus funciones empresariales. El artículo exige que el hecho se realice dentro de las funciones autorizadas por su propias competencias o de las funciones delegadas por personal superior para que la persona jurídica y el administrador tengan ambos responsabilidad penal. No obstante, si los hechos fueron cometidos extralimitándose en los poderes que le fueron conferidos o de sus funciones, la persona jurídica queda exonerada de responsabilidad si atendemos a la interpretación literal del artículo 31 bis 1 del CP:

*“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos **en nombre o por cuenta** de las mismas, y **en su provecho**, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”.*

Los vocablos “por cuenta” y “en su provecho” se basan en un criterio formal de competencias que le han sido asignadas dentro de la empresa. Así, “en nombre” se da cuando el sujeto realiza la actividad acomodándolo a las directrices de la empresa previamente fijadas y “por cuenta” cuando actúa persiguiendo los intereses de la sociedad determinados autónomamente dentro de sus funciones, es decir, actuando estrictamente dentro de su ámbito competencial. La línea jurídica que delimita la frontera de responsabilidad entre los sujetos está configurada en una relación inmediata “hecho-competencia”. Entendemos que ello implica conectar el delito de tráfico ilícito de migrantes cometido en torno aun eje funcional, esto es, encuadrado en una competencia específica e individualizable ejecutada en interés de la sociedad. Esta circunstancia que tiene que concurrir reviste un carácter objetivo ya que precisamente lo que se exige aquí es un comportamiento típicamente objetivo: actuar en nombre de un ente jurídico.

Por tanto, para que el Sr. holms tenga una responsabilidad penal, los hechos deben producirse en el ejercicio de actividades sociales. En consecuencia, la ejecución del delito más allá de la esfera de actuación que le asignó la empresa supone un acto propio del ámbito privado del individuo que no está dentro del artículo 31 del CP y que, por ello, la legislación penal no le impone la obligación de asumir (la sociedad se entiende), respondiendo únicamente el administrador.

⁶³ Además SAP Barcelona 22 de enero de 2003, FJ 2º.

2) Hecho antijurídico doloso u omisión

Partimos de la premisa antedicha de que la responsabilidad del administrador no se basa solamente por ostentar el cargo en la empresa sino por la existencia de una auténtica intervención en los hechos originarios del proceso. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2004 lo reitera “No cabe olvidar que la responsabilidad criminal se atribuye por la intervención efectiva en los hechos, no por la titulación formal que pudiera existir en la ostentación de un cargo en la empresa” (FJ 7º), en consonancia con la en consonancia con la STS 14 de julio de 2003, FJ 6º.

La intervención en la actividad delictual puede ser tanto por acción como por omisión. En lo relativo a la acción, el sujeto activo debe conocer la ilicitud penal del acto para atribuir el elemento de la culpabilidad penal. Es necesario verificar que el administrador conocía, podía, quería y realizaba propiamente el hecho delictivo.

Por otro lado, el delito puede entenderse cometido por omisión al amparo del artículo 11 del Código Penal. Nos preguntamos en este caso la posibilidad de exigir responsabilidad por inactividad del administrador cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva aunque materialmente el delito se haya cometido por otro (art. 28CP: *Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento*).

Así, dentro de la omisión se distingue omisión pura y la comisión por omisión, detalladas a continuación.

En la omisión pura el hecho delictivo se comete por la no realización de la acción a la que se está obligado por exigencia de legal, siendo indiferente la producción de un resultado posterior.

A diferencia del anterior, para que el delito se entienda cometido por omisión es preceptivo la producción de un resultado típico. Y esa producción del resultado tiene que traer como causa la infracción de un especial deber jurídico⁶⁴. Esto es, la persona física que no actúa materialmente sólo puede ser considerada “autora” de ese delito de resultado cuando estaba obligada por al encontrarse en una posición de garante. Así lo establece el artículo 11 del CP:

*Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir **un especial deber jurídico del autor**, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

- a) **Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.**
- b) *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.*

Ahora bien, esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente. A este respecto, el administrador tiene, entre sus funciones, el deber de actuar con la máxima diligencia posible dentro de la sociedad así como informarse de las operaciones efectuadas en la misma. La negligencia surge a raíz de la inobservancia de este precepto: si se demuestra que estaba al corriente de los presuntos actos realizados en el barco incumple el párrafo primero del artículo 225 de la LSC al no actuar “con la diligencia de un buen empresario” y, si los desconocía, no actuó con la debida diligencia “de información” por no estar al corriente de lo que acontecido en el buque

⁶⁴ BOLÁS ALFONSO, JUAN, dir., *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. A 337.

(art. 225.2 LSC). En consecuencia, el deber de “in vigilando” está presente en ambos supuestos para que sea posible la comisión por omisión.

Pero además, es imprescindible que el Sr. Holms haya actuado con dolo. Así, la actitud dolosa de la persona física constituye el “substratum mínimo” para poder detonar la responsabilidad de la persona jurídica. La Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado dice que “En definitiva, el art. 31 no puede obviar la necesidad de dirigir el proceso y, en su caso condenar a las concretas personas físicas que dentro de la persona jurídica hayan cometido el delito, **actuando con dolo** o en su caso con culpa”.

Este elemento subjetivo del tipo penal concurre en nuestro supuesto si es posible probar la existencia de un beneficio para él o para la sociedad. Dado su carácter interno, su acreditación se obtiene a partir “(...) de un juicio de inferencia a partir de los elementos objetivos, es decir mediante una deducción lógica que infiere la intencionalidad del acto a partir del acto mismo, conforme a la naturaleza de las cosas y las reglas de la experiencia” (STS 22 de octubre de 2013, FJ 6º).

3) Dentro del poder de la empresa

El tercer requisito, está vinculado a la delegación de facultades que la empresa otorga al administrador único relativas a la gestión y representación de la misma. Así, el administrador debe ostentar poder de decisión sobre la acción u omisión que causó el daño. Así, la gestión comercial del barco es una obligación derivada del poder conferido por “Sousa Holstein S.A.” al amparo del artículo 209 de la Ley de Sociedades de Capital.

Si entendemos que los hechos son consecuencia por la omisión en la observancia de un precepto legal, su responsabilidad viene originada por la carencia del deber de vigilancia e información (art. 225 LSC).

4) Elemento del provecho

Tiene que existir un provecho, entendiendo por tal la obtención de un beneficio o utilidad con la comisión de los hechos, bien de forma directa o indirecta. La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, “la acción debe ser valorada como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que puedan determinar que la utilidad finalmente no se produzca”.

5) Exoneración si prueban que no ha intervenido

Teniendo en cuenta los requisitos anteriores, el administrador solamente puede quedar exonerado de responsabilidad penal si prueba que nunca ha intervenido en el traslado de los migrantes a territorio español. Si es capaz de demostrar que realmente fue ajeno a la presunta ejecución de los hechos, su responsabilidad se extinguiría

3.- INCOMPATIBILIDAD ENTRE ADMINISTRADOR Y PARLAMENTARIO

La condición de parlamentario está sujeta a un régimen estricto de causas de inelegibilidad e incompatibilidades regulado en la Constitución Española para garantizar la independencia en el ejercicio de su función pública. Así, la incompatibilidad se estructura en una figura cuyo objeto es asegurar que, una vez llegado al cargo, el parlamentario electo no se verá interferido en el desarrollo

de su trabajo parlamentario por el ejercicio de ninguna otra función, ya sea pública o privada.

El artículo 70 de nuestra Norma Fundamental enuncia de forma abstracta una serie de cargos en los que no es posible la simultaneidad con un acta de diputado o senador. En lo sucesivo se remite a una normación legal para regulación pormenorizada de las incompatibilidades que conforman el Estatuto parlamentario.

A tal efecto, la Ley Orgánica del Régimen Electoral General establece en su precepto 157.1 que *el mandato de los Diputados y Senadores se ejercerá en régimen de dedicación absoluta en los términos previstos en la Constitución y en la presente Ley* siendo el mandato de los Diputados y Senadores incompatible con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de cualquier otro puesto, profesión o actividad, públicos o privados, por cuenta propia o ajena, retribuidos mediante sueldo, salario, arancel, honorarios o cualquier otra forma (art. 157.2 Ley 5/1985).

Para asegurar que la legislación electoral, de irradiación constitucional, se respete en su totalidad se impone la realización de un acto preceptivo anteriormente al acceso al cargo público: una declaración de sus actividades en la actualidad. En nuestro supuesto, el administrador estaba obligado a formular dicha declaración al inicio de su mandato para perfeccionar su condición de senador. Presumimos que la efectuó con las exigencias del artículo 26 del Reglamento del Senado (en consonancia con el artículo 160 de la LOREG) aunque teniendo consecuencias diferentes en función del momento en que comenzó a desarrollar sus funciones dentro del órgano de administración de “Sousa Holstein S.A.”. Si el cargo de administrador era anterior al acceso a su acta de parlamentario en el Senado, la declaración tuvo que realizar omitiendo su actividad económica en la sociedad, o bien el Pleno de la Cámara autorizó la actividad privada. La última opción no puede entenderse viable ya que desempeñar un puesto en la administración en el sector privado es incompatible con el mandato de senador, por aplicación literal del artículo 159 de la Ley 5/1985:

De conformidad con lo establecido en el artículo 157, el mandato de los Diputados y Senadores es incompatible con el desempeño de actividades privadas”. Con la remisión al precepto citado concluimos que:

*...el mandato de los Diputados y Senadores será incompatible con el desempeño, **por sí o mediante sustitución, de cualquier otro puesto, profesión o actividad, públicos o privados, por cuenta propia o ajena, retribuidos mediante sueldo, salario, arancel, honorarias o cualquier otra forma.***

Por lo que en dicho supuesto la falta de compatibilidad generaría la elección alternativa entre su escaño o el otro cargo que ostentaba en la empresa privada.

No obstante, el Sr. Holms pudo haber adquirido la condición de administrador en un momento posterior a sus cometidos parlamentarios durante el transcurso de la legislatura. El examen de incompatibilidad se realizaría entonces tras la comunicación a la Cámara alta de la modificación de sus circunstancias (art. 160.1 LOREG).

4.- DETENCIÓN DEL ADMINISTRADOR

Junto a las exigencias de incompatibilidad examinadas en los párrafos precedentes, el ordenamiento dota al parlamentario de la prerrogativa de la inmunidad, entre otras. Tiene como objetivo conferir protección al senador frente a cualquier atentado contra su libertad. Así, el Sr. Holms permanece “inmune” en principio frente a la detención o cualquier otra forma de privación de libertad y frente

a la iniciación de procedimientos penales contra él. Pero ello no significa que no sea exigible responsabilidad penal por la comisión del delito de tráfico ilícito de migrantes ni tampoco que no se pueda llevar a cabo la detención ordenada por el Juez de instrucción el día 3 de enero de 2014, analizada a continuación.

Pues bien, para realizar la detención del Sr. Holms es obligatorio solicitar autorización a la Cámara (art. 71.2 CE), en este caso el Senado, porque de lo contrario se estaría incurriendo en un delito de detención ilegal (art. 530 CP). La concesión del suplicatorio tiene que ser autorizada al no concurrir en el caso persecución política sino responsabilidad en el orden penal por un presunto delito contra los derechos de los extranjeros. Asimismo, la Cámara alta está facultada para suspenderlo temporalmente de su condición de parlamentario (art. 22.6 Reglamento del Senado).

Aunque la detención se practique, el procedimiento continúa una tramitación diferente en virtud del fuero especial que forma parte de su Estatuto jurídico. Esta prerrogativa establece que el conocimiento de la causa penal que se sigue contra el senador no corresponde al tribunal ordinario que resulta competente sino que el enjuiciamiento compete a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Sala Segunda) (art. 71.3 CE). Dicho fuero en materia de jurisdicción concurre en nuestro supuesto ya que se extiende a cualquier delito cometido por la persona, sea o no en el ejercicio del cargo.

Así, la detención se efectuará con la autorización preceptiva del Senado con las garantías del artículo 17 de nuestra Norma Fundamental y el procedimiento penal posterior corresponde a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en virtud de mandato constitucional.

CONCLUSIONES

El administrador de la sociedad podría entenderse responsable del delito de tráfico ilícito de migrantes cometido a bordo del buque. La responsabilidad penal se podría extender también a “Sousa Holstein S.A.” como persona jurídica si se probase que los hechos se cometieron en nombre de la empresa y en su provecho. Además, por las particularidades del cargo público que ostenta el Sr. Holms, su detención debe ser autorizada por el Senado y el proceso penal ha de ser ventilado ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

ANEXO

DOCUMENTO N° 1

SOLICITUD DE ASILO

SOLICITUD DE ASILO EN ESPAÑA

A. - IDENTIFICACION DEL SOLICITANTE:

NOMBRE: Sra. Amina y Sr. Thomas

APELLIDO 1º:

APELLIDO 2º:

País: Burkina Faso

Nacionalidad actual: Burkina Faso

Presentada en:	
<input type="checkbox"/> Puesto fronterizo	<input checked="" type="checkbox"/> Jefatura Superior/Comisaría de policía
<input type="checkbox"/> Oficina de Extranjeros	<input type="checkbox"/> Embajada
<input type="checkbox"/> Oficina de Asilo y Refugio	<input type="checkbox"/> Centro de Internamiento de Extranjeros

A las 11 horas del día 31 de diciembre de 2013

Organismo/Centro: Comisaría de Policía de Burela

Dirección: C/ Muíño, nº 14 - Burela

Teléfono: 982 166 301

Fax: 982 122 610

DILIGENCIA DE INFORMACIÓN DE DERECHOS Y DEBERES

DEPENDENCIA: Jefatura Superior de Policía de Burela – B.P-Ext.Documentación.

DILIGENCIA: Para hacer constar que siendo las 11 horas del día 31 de diciembre de 2013 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley de Asilo 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, en su redacción dada por la Ley 9/194, de 19 de mayo, se procede a informar a los ciudadanos Sra. Amina y Sr. Thomas, nacionales de Burkina Faso, de los derechos y deberes que, como solicitantes de asilo y hasta tanto se hayan decidido la admisión a trámite de su petición, les asisten y que consiste en:

1. No ser rechazado, expulsado o devuelto, según el caso, hasta tanto se haya decidido sobre la admisión o inadmisión a trámite de la petición de asilo.
2. Comunicar al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) la petición de asilo.
3. Asistencia de abogado, que se proporcionará gratuitamente por el Estado Español cuando se carezca de recursos económicos suficientes.
4. Asistencia de intérprete, en caso de no comprender el idioma español.
5. Asistencia médico-sanitaria, en caso de necesidad.
6. A la suspensión de cualquier proceso de extradición que afecta al interesado y se encuentre pendiente, así como la ejecución del mismo, mientras no recaiga resolución sobre la petición de asilo.

Así mismo, se procede a hacer saber a los interesados los DEBERES que como solicitantes de asilo le incumben, y que, fundamentalmente, consisten en:

1. Colaborar plenamente con las autoridades españolas para la acreditación y comprobación de su identidad, así como de los hechos y alegaciones en que se base su solicitud.
2. Informar a las autoridades españolas, a la mayor brevedad, sobre su residencia o cualquier cambio que en la misma se produzca, así como de quienes, en su caso, formen el núcleo familiar.

En el mismo acto firman los solicitante en prueba de que quedan enterados del contenido de la presente diligencia.

En Burela, 31 de diciembre de 2013

Los solicitantes

El/la intérprete

El funcionario/a

PROCEEDING OF REQUESTED ASSISTANCES

PROCEEDING: Let's be evident that the citizen Sra. Amina y Sr. Thomas of Burkina Faso nationality, provided their intent of requesting asylum in Spain, asks for the assistances quoted below be lent to them:

	YES	NO
Lawyer's assistance	X	
Translator's assistance	X	
Medical assistance		
Informative leaflet		

If case of lawyer assistance:

A) Chosen lawyer:

B) Free assistance due to lack of economic means: X

The interested parts

The official

B.- DATOS PERSONALES:

NOMBRE: Sra. Amina y Sr. Thomas

APELLIDO 1°:

APELLIDO 2°:

Fecha de nacimiento: 23-12-1960 y 12-10-1965

Lugar de nacimiento: Uagadugú

País: Burkina Faso

C.- SITUACIÓN FAMILIAR DEL SOLICITANTE

<input checked="" type="checkbox"/> Casado/a	<input type="checkbox"/> Soltero/a	<input type="checkbox"/> Viudo/a
<input type="checkbox"/> Convivencia	<input type="checkbox"/> Separado/a	<input type="checkbox"/> Divorciado/a

Número de hijos de los solicitantes: 2	Número de cónyuges de los solicitantes: 1
--	---

¿Documentación acreditativa del estado civil o situación de hecho?

NO

SI

	Nombre	Apellidos	Parentesco con el/la solicitante	Fecha y lugar de nacimiento	Nacionalidad actual	País de residencia y status legal
1	Laina		hija	06/03/00	Burkina Faso	Burkina Faso
2.-	Alima		hija	09/12/99	Burkina Faso	Burkina Faso
3.-						
4.-						
5.-						
6.-						

¿Hace extensiva su solicitud de asilo a algún familiar de los mencionados?

NO

SI

Otras:

NO

SI

Nivel de estudios de los solicitantes:

<input type="checkbox"/> Analfabeto	<input type="checkbox"/> Estudios primarios	<input checked="" type="checkbox"/> Sin determinar
-------------------------------------	---	--

<input type="checkbox"/> Estudios secundarios	<input type="checkbox"/> Diplomatura Universitaria	<input type="checkbox"/> Título superior universitario
---	--	--

Especificación de los estudios:

Profesión u ocupación de los solicitante:

Actividad económica:

<input type="checkbox"/> Industria	<input type="checkbox"/> Construcción	<input type="checkbox"/> Servicios
<input type="checkbox"/> Sin profesión	<input type="checkbox"/> Sector FAO	<input checked="" type="checkbox"/> No conocida

Domicilio del/la solicitante en España: SIN DETERMINAR

Calle: _____ Nº: _____ Piso: _____ Puerta: _____
 Ciudad: _____ Provincia: _____ Código Postal: _____
 Teléfono: _____ Telefax: _____

¿DESEA AÑADIR ALGO MAS SOBRE SU SITUACIÓN FAMILIAR?

NO

SI

D.- ESTADO DOCUMENTAL DEL/LA SOLICITANTE:

<input type="checkbox"/> Documentación completa	<input type="checkbox"/> Documentación incompleta	<input checked="" type="checkbox"/> Sin documentar
<input type="checkbox"/> Pasaporte	<input type="checkbox"/> DNI	
<input type="checkbox"/> Cartilla Marino	<input type="checkbox"/> Carnet de conducir	
<input type="checkbox"/> Título de viaje	<input type="checkbox"/> Carnet militar	
<input type="checkbox"/> Salvoconducto	<input type="checkbox"/> Carnet funcionario	
	<input type="checkbox"/> Cartilla laboral	
	<input type="checkbox"/> Cédula inscripción apátrida	
	<input type="checkbox"/> Certificado carnet residencia	
	<input type="checkbox"/> Certificado consular	
	<input type="checkbox"/> Documento asilado	
	<input type="checkbox"/> Documento campo refugiados	
	<input type="checkbox"/> Documento residencia	
	<input type="checkbox"/> Pasaporte interior (EX-URSS)	
	<input type="checkbox"/> Tarjeta seguridad social	
	<input type="checkbox"/> Otro	

<u>Pasaporte:</u> SIN DETERMINAR <u>Número:</u> <u>País de expedición:</u> <u>Fecha de expedición:</u> <u>Fecha de caducidad:</u>	Observaciones:
---	----------------

ENTRADA EN ESPAÑA:

País perseguidor: Burkina Faso	Otro:
Fecha de entrada en España: 30 de diciembre	Lugar:
Fecha de salida de su país:	Entrada legal: <input type="checkbox"/> SI <input checked="" type="checkbox"/> NO
Tipo de frontera:	<input checked="" type="checkbox"/> Marítima <input type="checkbox"/> Terrestre <input type="checkbox"/> Aérea <input type="checkbox"/> Desconocida <input type="checkbox"/> Embajada <input type="checkbox"/> Consulado

E.- ITINERARIO RECORRIDO

1.- Itinerario recorrido desde el país de origen hasta su llegada a España: SIN DETERMINAR
Lugar de salida de su país:
Transporte empleado: buque
Motivo de salida: persecución hijas menores de edad

PAISES DE TRÁNSITO ANTES DE LLEGAR A ESPAÑA:

País: SIN DETERMINAR
Duración de la estancia:
Motivo de salida:
Fecha y lugar de entrada:
Fecha y lugar de salida:
Transporte empleado:

2.- Otros viajes y estancias en el extranjero realizados con anterioridad al último desplazamiento:

F.- SOLICITUDES ANTERIORES:

¿Ha solicitado antes Asilo o Refugio en España o en otro país?

NO
 SI

G.- DATOS SOBRE PERTENENCIA A GRUPOS ÉTNICOS, PARTIDOS POLÍTICOS U OTRO TIPO DE ORGANIZACIÓN:

¿Pertenece Vd. o ha pertenecido a algún grupo étnico; partido político u otro tipo de organización?

NO

SI

¿Cuál?

Tipo:

<input type="checkbox"/> Étnico	<input type="checkbox"/> Político	<input type="checkbox"/> Social
<input type="checkbox"/> Nacionalista	<input type="checkbox"/> Religioso	

Característica o ideología:

Ubicación:

Nombre de los dirigentes o líderes principales:

Cargos y/o responsabilidades que tiene o ha tenido:

¿Aporta el/la solicitante alguna documentación en apoyo a sus declaraciones?

NO

SI

Descripción de la misma:

En caso negativo, razones por las que no la aporta:

¿Podría aportarla en futuro? SI NO

H.- OTROS DATOS DE INTERÉS:

Intenciones respecto a su estancia en España:

¿Tiene intención futura de retornar a su país? SI NO

Motivos:

¿Desea continuar viaje?: SI NO

Motivos:

I.- DATOS SOBRE LA PERSECUCIÓN SUFRIDA:

Motivos en los cuales fundamenta su petición: persecución de hijas menores de edad en Burkina Faso.

El Solicitante

El traductor

El Funcionario

J.- MOTIVOS DE ENTRADA EN ESPAÑA: persecución

DECLARACIÓN FIRMADA DE LOS SOLICITANTES:

Declaran que toda la información por ellos expresada y recogida en esta solicitud de asilo en España es cierta y veraz. Y para que conste a todos los efectos, firman la presente declaración.

En Burela, a 31 de diciembre de 2013

Firma de los solicitantes:

DOCUMENTO N° 2

CONTRATO DE TRABAJO



Conservas y congelados S.A.
CIF: A36184378
Polígono Lalín 2000
Pontevedra

Departamento de RR.HH.

CONTRATO DE TRABAJO

Entre los suscritos, la empresa Congelados y Conservas Sousa Holstein S.A., sociedad anónima sita en el Polígono de Lalín Dos Mil, Parcela C26 de la localidad Alfonselle-Lalín (Pontevedra), con CIF: A 36184378 y CCC: 36192541187, representada por don Silvestre Holms, quien en adelante se conocerá en éste contrato como EL ARMADOR, por una parte, y por la otra El TRABAJADOR, quien actúa en su propio nombre, a quien en adelante se denominará EL TRIPULANTE, han convenido en celebrar el presente CONTRATO DE ENROLAMIENTO, de conformidad con la legislación laboral marítima vigente y las siguientes cláusulas:

PRIMERA: EL ARMADOR contrata al TRIPULANTE, para formar parte de la tripulación del buque Pobre Mitrofán, pero cuando el Armador lo considere necesario, EL TRIPULANTE podrá ser movilizado a otra nave de propiedad del Armador y/o empresa.

SEGUNDA: EL TRIPULANTE se obliga a prestar servicios de pesca y captura de especies marinas, y cumplir todas las tareas asignadas.

TERCERA: Las partes contratantes convienen en celebrar este CONTRATO por tiempo INDEFINIDO, el cual tendrá una duración a partir del día 26 de abril de 2014.

CUARTA: EL TRIPULANTE recibirá como salario base mensual la suma de 1.544,52€. El pago del salario será efectuado los días 15 y 30 de cada mes.

En el caso de que el TRIPULANTE trabaje en exceso de los límites diarios prescritos en el artículo sexto del presente contrato, se deberá considerar como horas extraordinarias, calculado sobre la tasa horaria del salario básico aumentada en un veinticinco por ciento

(25%).

QUINTA: Queda establecido que a bordo de la embarcación se mantiene un horario de trabajo de ocho horas, alternando en tres turnos de mañana, tarde y noche con un día de descanso semanal y los días de descanso que correspondan a los días festivos oficiales, conforme al convenio colectivo aplicable.

El trabajo realizado durante el día de descanso semanal o durante los días festivos oficiales se compensarán con un período por lo menos equivalente de exención de servicio y presencia a bordo, o con vacaciones adicionales en lugar de remuneración o de cualquier otra forma de compensación prevista.

SEXTA: Queda establecido que el número máximo de horas de trabajo no excederán de: 14 horas por cada período de 24 horas, ni de 72 horas por cada período de siete días. Y el número máximo de horas de descanso, no será inferior a: 10 horas por cada período de 24 horas, ni a 77 horas por cada período de siete días.

Las horas de descanso podrán agruparse en dos períodos como máximo, de al menos seis horas ininterrumpidas. En los casos de que el trabajador deba permanecer en situación de disponibilidad, tendrá derecho a un período de descanso compensatorio adecuado si, por requerirse de sus servicios, resultara perturbado su periodo de descanso.

SÉPTIMA: EL ARMADOR se compromete a conceder un período de vacaciones pagadas anuales, calculada sobre la base de un mínimo de 30 días por once meses de servicios laborados por EL TRIPULANTE.

OCTAVA: EL ARMADOR podrá dar por terminada la relación de trabajo por tiempo indefinido, sin que medie causa justificada prevista por la ley, notificando el despido injustificado al tripulante con treinta (30) días de anticipación, pagando por el servicio cumplido, sus vacaciones proporcionales, la repatriación y la indemnización prevista en la legislación laboral marítima. El plazo de preaviso se contará a partir del primer día siguiente a la notificación del despido, y cuando el armador no notifique el despido

injustificado con los treinta días de anticipación, deberá abonarle la suma correspondiente al preaviso.

NOVENA: EL ARMADOR se compromete a inscribir al TRIPULANTE en e régimen de Seguridad Social, a fin de que esté protegido en caso de enfermedades o riesgos profesionales, derivados de accidentes a bordo de la embarcación donde presta sus servicios.

DÉCIMA: Queda establecido que antes de dar por terminada la relación laboral, cualquiera que sea la modalidad del contrato, todo TRIPULANTE tendrá derecho a ser repatriado sin coste alguno en las circunstancias siguientes:

1. Cuando no pueda seguir desempeñando sus funciones en el marco del acuerdo de empleo que haya suscrito o no pueda esperarse que las cumpla en circunstancias específicas, tales como: enfermedad o lesión o cualquier otra razón médica que exija su repatriación, siempre y cuando exista previamente una autorización médica para viajar.
2. En caso de naufragio.
3. Cuando el armador no pueda seguir cumpliendo sus obligaciones legales o contractuales como empleador causa de insolvencia, venta del buque, cambio de matrícula del buque o cualquier otro motivo similar.
4. Cuando el buque en que presta servicio se dirija hacia una zona bélica, a la cual el tripulante no acepte ir.
5. En caso de terminación o interrupción del empleo como consecuencia de un laudo arbitral o de un convenio colectivo.

UNDÉCIMA: Correrán por cuenta del TRIPULANTE los gastos de repatriación, cuando sea culpable de una infracción grave de las obligaciones que entraña a su empleo.

DUODÉCIMA: Antes de la firma del contrato; o en su defecto una vez al año, EL TRIPULANTE deberá someterse a exámenes médicos generales, así como cualquier otro examen que sea requerido por la AUTORIDAD MARÍTIMA, que acredite su aptitud física para desempeñar sus funciones.

DÉCIMO TERCERA: El presente contrato está igualmente sujeto a lo dispuesto en el Convenio Colectivo y el Reglamento Interno de la empresa.

DÉCIMO CUARTA: Este contrato por tiempo INDEFINIDO empezará a regir entre las partes el día 26 de abril de 2014.

Previa lectura del mismo y estando ambas partes de acuerdo en su totalidad, se firma en Lalín, a 24 de abril 2014 y para su debida constancia se deben firmar tres ejemplares correspondiendo una copia a EL TRIPULANTE, una copia al ARMADOR y una copia a la AUTORIDAD MARÍTIMA.

EL TRIPULANTE

EL ARMADOR

DOCUMENTO N° 3

**ACTA DE INFRACCIONES
LABORALES**



MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL DE LA
INSPECCIÓN DE TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

INSPECCIÓN PROVINCIAL
DE TRABAJO Y SEGURIDAD
SOCIAL DE PONTEVEDRA

ACTA DE INFRACCIÓN
(TRABAJADORES)

Datos del Acta

Acta de Infracción N°: 1152014000008156 Materia: Empleo y Trabajadores

Fecha: 17 abril de 2014 Otros sujetos responsables (Ver anexo): SI: NO: **X**

Datos del Sujeto Responsable

Sujeto Responsable: SOUSA HOLSTEIN, S.A. N.I.F./C.I.F.: A 36184378

Actividad: Conservas y congelados C.C.C. / N.A.F.: 36192541187

Domicilio: POLÍGONO LALÍN DOS MIL PARC C26

Localidad: 36500 ALFONSELLE - LALIN (PONTEVEDRA)

El/la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social y el/la Subinspectora de Empleo y Seguridad Social que suscribe en uso de las facultades que le otorga la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (B.O.E. de 15 de Noviembre de 1997), y el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (B.O.E. de 8 de Agosto de 2000) y el Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo (B.O.E de 3 de Junio de 1998), por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, hace constar:

(Ver cuerpo del Acta en páginas siguientes)



MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL DE LA
INSPECCIÓN DE TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

INSPECCIÓN PROVINCIAL
DE TRABAJO Y SEGURIDAD
SOCIAL DE PONTEVEDRA

Como consecuencia de la acción programada tras la recepción del Informe del Servicio Marítimo de la Guardia Civil en base a posibles infracciones en materia de empleo y seguridad social, y al efecto de practicar comprobaciones sobre posible inexistencia de contratos de trabajo, altas en la Seguridad Social así como trabajadores comunitarios en situación laboral irregular, se realiza sin preaviso inspección conjunta por la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social M^a Mercedes López Abad y la Subinspectora de Empleo y Seguridad Social Beatriz Rodríguez Lamas, junto con la técnico del ISSGA y cinco Agentes de la Guardia Civil de Pontevedra, el día 17-04-2014, a la sede empresarial de Sousa Holstein S.A. dedicada a la actividad de conservas y congelados, sita en el Polígono de Lalín Dos Mil, Parcela C26 de la localidad de Lalín así como al lugar de trabajo de los supuestos trabajadores, el “Buque Pobre Mitrofán”, propiedad de la citada empresa con matrícula 3^a VI-64-11.

Al entrar en la empresa, la Inspectora es recibida en la planta baja por Carlos Fernández Salgado, presentándose ante la misma como Director General Adjunto de Sousa Holstein S.A. Nada más llegar, es preguntado acerca de la situación laboral en el buque de seis trabajadores de nacionalidad española y cuatro trabajadores de nacionalidad danesa a efectos de comprobar su situación en la empresa.

La Inspectora le requiere los contratos de trabajo así como toda la información disponible en ese momento relativa la situación de los asalariados españoles en la Seguridad Social. Asimismo aquellos documentos acerca de la situación del citado personal de la empresa (libro de visitas, recibos de salarios, parte de alta y baja de los trabajadores, justificante de que la empresa está inscrita en la Seguridad Social, justificantes de pago a la seguridad social, escritura de constitución de la sociedad, entre otros).

La empresa se compromete a aportar a la Inspección de Trabajo tan pronto como sea posible, el resto de la documentación que obra en poder de la empresa.

Se deja citación, la cual firma Carlos Fernández Salgado, Director General Adjunto de la empresa, para aportar la documentación de Empleo y Seguridad Social, el día 26-04-2014, en las oficinas de esta Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social.

Examinada la documentación aportada en las oficinas de esta Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social el día 26-04-2014, se comprueba:

Que la titularidad del negocio corresponde a la empresa Sousa Holstein, S.A., con CIF: A36184378 y CCC: 36192541187. Y mismo domicilio social.

El día 28-04-2014, se recibe mediante mail, informe de la Brigada de Extranjería y Fronteras de la Policía Nacional, sobre la situación de los trabajadores comunitarios, en la

que se indica:



MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL DE LA
INSPECCIÓN DE TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

INSPECCIÓN PROVINCIAL
DE TRABAJO Y SEGURIDAD
SOCIAL DE PONTEVEDRA

1. Jens Jensen, nacional de Dinamarca con pasaporte 050669-1178, entrada en España en fecha 20-11-2013.
2. Henrik Knudsen, nacional de Dinamarca con pasaporte 053833-1271, entrada en España en fecha 10-11-2013.
3. Jorgen Poulsen, nacional de Dinamarca con pasaporte 052204-1713, entrada en España en fecha 02-11-2013.
4. Michael Larsen, nacional de Dinamarca con pasaporte 056241-1165, entrada en España en fecha 23-08-2013.

Se constata que los seis ciudadanos españoles así como los cuatro daneses son trabajadores de la empresa Sousa Holstein S.A. a bordo del buque "Pobre Mitrofán". No obstante, éstos no poseen contrato de trabajo, sino que vienen ejerciendo sus tareas laborales en virtud de un acuerdo verbal al amparo del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Este contrato "de palabra" no puede reputarse válido por el artículo 3.1 del Convenio sobre contrato de enrolamiento de los pescadores de 1959 (ratificado por España el 7 de agosto de 1961) que obliga a que los contratos de enrolamiento se pacten por escrito: "El contrato de enrolamiento será firmado por el armador del barco de pesca o su representante autorizado y por el pescador. Deberán darse facilidades al pescador y a su consejero para que examinen el contrato de enrolamiento antes de ser firmado". Reafirmando lo dicho en el artículo 4 del Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006 "Toda la gente de mar tiene derecho a un lugar de trabajo seguro y protegido en el que se cumplan las normas de seguridad" y "Toda la gente de mar tiene derecho a condiciones de empleo justas". Por lo que nos encontramos en la excepción del artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores: "Deberán constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal". En consecuencia, tales hechos suponen un incumplimiento de la normativa internacional en materia de contratación pesquera.

La PRIMERA infracción referida y resultante de los hechos descritos, consiste en que la empresa, mencionada en el encabezamiento del acta Sousa Holstein S.A., con CIF: A36184378 y CCC: 36192541187, había dado ocupación a los trabajadores españoles desde el día 26-11-2013 y a los trabajadores daneses desde el día 10-12-2013 sin tener contrato de trabajo escrito tal y como lo exige la legislación vigente.

La mencionada infracción está tipificada y calificada, preceptivamente como GRAVE en el artículo 7.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.



MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL DE LA
INSPECCIÓN DE TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

INSPECCIÓN PROVINCIAL
DE TRABAJO Y SEGURIDAD
SOCIAL DE PONTEVEDRA

La correspondiente sanción se aprecia en su grado MÁXIMO lo que supone una cuantía de sanción de 3.126€ por cada uno de los trabajadores, totalizando 31.260€.

La SEGUNDA infracción referida y resultante de los hechos descritos, consiste en que la empresa anteriormente citada, no solicitó la afiliación de los trabajadores en la seguridad social desde el inicio de la relación laboral de los trabajadores con la empresa.

La mencionada infracción está tipificada y calificada, preceptivamente como GRAVE en el artículo 22.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

La correspondiente sanción se aprecia en su grado MÁXIMO teniendo en cuenta el argumento de desconocimiento de la legislación en materia de seguridad social así como el número de asalariados afectados (diez en total).

Lo que supone una cuantía de sanción de 10.000€ por cada uno de los trabajadores, totalizando 100.000€.



MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL DE LA
INSPECCIÓN DE TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

INSPECCIÓN PROVINCIAL
DE TRABAJO Y SEGURIDAD
SOCIAL DE PONTEVEDRA

Por lo que se propone la imposición de la sanción por un importe total de: 131.260€.

CIENTO TREINTA Y UN MIL DOSCIENTOS SESENTA

Se advierte a la empresa que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14.1.f) y 17.1 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo (B.O.E de 3 de Junio de 1998), podrá presentar escrito de alegaciones en el plazo de QUINCE DÍAS HÁBILES contados desde el día siguiente al de notificación de la presente Acta, acompañado de la prueba que estime pertinente, dirigido al órgano competente para realizar los actos de instrucción y ordenación del expediente sancionador, así como para efectuar la Propuesta de Resolución por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Jefe/a de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Con dirección en:

Av. Cánovas del Castillo 18. 36202 Pontevedra

Por ser competencia de la Administración General del Estado, asumirá la Inspección Provincial de Trabajo y de la Seguridad Social de Pontevedra la competencia para resolver el expediente administrativo sancionador, conforme establecen el artículo 4.3 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

En el supuesto de no formalizarse escrito de alegaciones, el acta de infracción podrá ser considerada propuesta de resolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo (B.O.E de 3 de Junio de 1998) en redacción dada por el Real Decreto 772/2011 de 3 de junio (B.O.E de 29 de Junio). En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. de 27 de Noviembre de 1992), modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (B.O.E de 14 de Enero de 1999), se informa de que el plazo máximo establecido por el Real Decreto 928/1998 citado para dictar resolución es de seis meses desde la fecha de la presente Acta. No obstante, cuando

concurran circunstancias excepcionales, podrá acordarse la ampliación de dicho plazo máximo, en los términos previstos en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992, transcurrido el cual se producirá la caducidad del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992. No se computarán a tal efecto las interrupciones producidas por causas imputables al interesado o por la suspensión del procedimiento a que se refiere el mencionado Reglamento, debiendo ser cursada la notificación en el plazo de 10 días, a partir de la fecha de la resolución.

EL/LA SUBINSPECTOR/A DE EMPLEO Y
SEGURIDAD SOCIAL

BEATRIZ RODRÍGUEZ LAMAS

EL/LA INSPECTORA DE TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL

M^a MERCEDES LÓPEZ ABAD

DOCUMENTO N° 4

CONTRATO DE FLETAMENTO

CONTRATO DE FLETAMENTO MARÍTIMO

De un parte, TRANSPORTES S.L., sociedad limitada, con domicilio social en Polígono industrial de Toedo, Parcela 34-A A Estrada (Pontevedra), CP 36687, con CIF B 34870921, representada por don Gerardo Castro González, en calidad de Administrador, según poderes recogidos en escritura pública otorgada ante Notario, con DNI 32653938-C, en adelante FLETANTE,

Y de otra parte Sousa Holstein S.A., sociedad anónima, con domicilio social en Polígono de Lalín Dos Mil, Parcela C26 Alfonselle-Lalín (Pontevedra), CP 36500 con CIF A 36184378, representada por don Silvestre Holms, en calidad de Administrador, según poderes recogidos en escritura pública otorgada ante Notario, con DNI 32947832-J, en adelante FLETADOR,

DISPONEN

1.- El fletante ostenta la propiedad de un buque de nombre POBRE MITROFÁN, bajo bandera española clasificado como pesquero y de 74 toneladas de peso, inscrito en el Registro de buques al Tomo XIX, folio 5344, número 863 y se halla libre de cargas y gravámenes, no estando sujeto a embargo o retención judicial.

2.- El fletador necesita para sus operaciones comerciales de transporte un buque de las características indicadas y, en consecuencia, reconociéndose ambas partes capacidad para el contrato mercantil que celebran, deciden libremente acordar un contrato de fletamento, con sujeción y alcance de las siguientes

ESTIPULACIONES

Primera.- El fletante pone a disposición del fletador durante un tiempo de 2 años a partir de 10 de agosto de 2013 en el puerto de Pontevedra, el buque que se describe en el apartado anterior y éste declara recibirlo en el estado en el que se encuentra, perfectamente hábil y equipado para navegar y transportar la carga de mercancías que el fletador se propone.

Segunda.- El precio del fletamento se cifra en un montante de 250.000€ a contar desde el día 10 de agosto de 2013, según consta en la cláusula anterior. Su pago se efectúa mediante transferencia bancaria durante la primera quincena de cada mes. De no efectuarse el pago, el fletante tiene derecho a retirar el buque, sin menoscabo de las reclamaciones de daños y perjuicios si fueran probados. A este fin mediará un preaviso de 30 días, con objeto de que el fletador avise a los cargadores para que puedan retirar la carga y trasladarla

a otro buque en semejantes condiciones hasta su destino.

Tercera.- El fletador abona los gastos de combustibles, puertos, practicaes, servicios de botes, derechos y tasas, muelles y otros, excepto los de oficiales y tripulación del buque, así como los impuestos de toda clase, gastos de agentes, comisiones, carga, pesaje, estiba, descarga, apuntado y entrega del cargamento, reconocimiento de escotillas y aparejos para amarres.

Cuarta.- El fletante abona los salarios y provisiones, seguros del buque, pertrechos de cubierta y máquinas para el mantenimiento en correcto estado de navegabilidad de casco y maquinaria durante el servicio contratado.

Quinta.- El Capitán y la tripulación permanecerán a las ordenes del fletador, actuando todos ellos con la debida diligencia. Aquél, y en su caso el jefe de máquinas, pondrán a disposición del fletador los diarios de abordo. El fletador, por su parte, impartirá las instrucciones oportunas sobre viajes y destinos.

Sexta.- Cualquier daño al buque o a sus pertrechos, producidos por el fletador o sus estibadores será comunicado por escrito por el Capitán, de acuerdo con los agentes del buque o el sobrecargo, determinándose las causas que lo motivaron. En caso de negligencia de aquellos será responsable de los mismos el fletador, que también responde de los que se produzcan por carga de mercancías diferentes a las estipuladas, o por efectuarlas, estibarlas o descargarlas en forma irregular o negligente por parte de su personal, sin perjuicio de las responsabilidades personales que procedan por infracción de las normas legales y reglamentarias sobre la seguridad.

Séptima.- El fletador podrá subarrendar el buque, comunicándolo al fletante, pero responderá en todo caso de las actuaciones del subfletador o personal a su servicio y del cumplimiento de este contrato. Podrá igualmente contratar directamente con la tripulación los trabajos de carga, descarga y reparaciones de averías ocasionadas por el cargamento de la mercancía.

Octava.- El contrato se extingue por el transcurso del tiempo pactado, debiendo el fletador devolver el buque en el puerto de Pontevedra. Igualmente queda extinguido por pérdida o desaparición del buque, desde el momento mismo del siniestro si fuere conocido y en caso contrario desde la ultima noticia que se tuviere.

Novena.- Si llegado el término del contrato no fuera devuelto el buque en la forma estipulada, el fletante puede ejercitar las acciones pertinentes de recuperación, previo requerimiento fehaciente al fletador. De hallarse de viaje al puerto de devolución, se calculará el retraso evaluando el gasto del flete por los días que falten hasta completar el viaje.

Décima.- La invalidez de alguna de las estipulaciones de este contrato no afectará a los demás, que se consideran vigentes. Para cuantas dudas no

puedan ser resueltas con el presente contrato, se aplicará lo dispuesto en la legislación española, sin perjuicio de las normas imperativas y de orden público que resulten de aplicación por Derecho Internacional Privado.

En señal de aceptación y conformidad firman ambas partes contratantes el presente contrato que se extiende por duplicado.

En Pontevedra, a 1 de agosto de 2013.

EL FLETANTE

EL FLETADOR

DOCUMENTO N° 5

CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO

CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO

De una parte, la Compañía de Seguros SEMAR S.A., sociedad anónima, con domicilio social en C/ Cervantes nº 34 -1º Izq. Getafe (Madrid), CP 28905, con CIF A 83923451, constituida legalmente e inscrita en el Registro Mercantil, representada por D. Aaron López Arribas, en calidad de Administrador, según poderes recogidos en escritura pública otorgada ante Notario, con DNI 32451954-C, en adelante el ASEGURADOR,

Y de otra parte, la empresa Sousa Holstein S.A., sociedad anónima, con domicilio social en el Polígono de Lalín Dos Mil, Parcela C26 Alfonselle-Lalín (Pontevedra), CP 36500, con CIF A 36184378, constituida legalmente e inscrita en el Registro Mercantil, representada por D. Silvestre Holms, en calidad de administrador, según poderes recogidos en escritura pública otorgada ante Notario, con DNI 32947832-J, en adelante el ASEGURADO,

MANIFIESTAN

1.- El asegurado ostenta la propiedad de un buque de nombre POBRE MITROFÁN bajo bandera española clasificado como pesquero y de 74 toneladas de Registro, inscrito en el Registro de buques al Tomo XIX, folio 5344, número 863, y se halla libre de cargas y gravámenes, no estando sujeto a embargo o retención judicial.

2.- El asegurado necesita en el desarrollo de su actividad económica de transporte por el buque de las características indicadas, garantizar el riesgo derivado de la navegación y las responsabilidades que de él se derivan en el transporte de mercancías. En consecuencia, reconociéndose ambas partes capacidad para el contrato que celebran, deciden libremente concertar un contrato de seguro marítimo de transporte de mercancías sobre el buque descrito, con sujeción al sentido y alcance de las siguientes,

ESTIPULACIONES

1.- Es objeto de este contrato la previsión, preparación, articulación y concertación de unas condiciones de seguro de daños a las mercancías que transporte el buque anteriormente descrito, bien conjuntamente para un solo cargador, bien mediante cargas separadas de distintos cargadores, con excepción de aquéllos que presenten su propio seguro.

2.- El asegurador toma a su cargo los daños a mercancías que se produzcan por riesgos de mar, puerto, bahía, rada, ensenada, varadero, y consistan en los siguientes accidentes: abandono, pérdida total, contribución a la avería común, gastos de salvamento por naufragio, abordaje, explosiones de máquinas y demás riesgos de mar, con excepción de los que figuran en la cláusula siguiente.

3.- Igualmente quedan comprendidos los perjuicios por retrasos en el viaje y consiguiente entrega tardía de mercancías que no se deban a las anteriormente descritas en las que ya queda incluido, o fuerza mayor ajena a cualquier de las partes en el contrato.

4.- El asegurador no responde de los riesgos producidos por situación de huelga, embargo, retención por autoridad administrativa o judicial, ni de las consecuencias que de estos riesgos se derivan. Tampoco responde de los daños producidos por dolo o negligencia grave del asegurado, por contrabando, comercio ilícito o infracciones administrativas.

5.- El seguro permanecerá en vigor dentro de los límites de navegación del buque por todo el territorio nacional y aguas internacionales, comenzando la cobertura a partir del día 16 de junio de 2013 y tendrá una duración de 2 años, salvo que al término del plazo el buque se encontrara navegando, en cuyo caso se prorrogará hasta el tiempo de arribada a puerto y todas las incidencias hasta su completa paralización y descarga, percibiendo la prima estipulada en proporción a los días que se gasten en la terminación de las operaciones. Igualmente se prorrogará, transcurrido el plazo pactado, tácitamente, salvo que medie plazo de preaviso.

6.- La prima estipulada se compone de una cantidad fija mensual, a cuenta de las operaciones de seguro de cada cargamento por separado, que se cifra en el 25 % de la media de las efectuadas en el año anterior y otra que depende de la valoración de los cargamentos singularizados, en los términos que se especifican en el apartado siguiente.

7.- Las mercancías que se aseguran serán objeto de una declaración por parte del asegurado, con base a los datos aportados por el cargador, con motivo de cada operación de transporte que realice, a cuyo fin se proveerá a la oportuna valoración por las partes contratantes del seguro, partiendo del precio de venta en factura y en otro caso, el precio medio que tuviere en el mercado del punto de embarque. Al mismo tiempo y en función de su valor y de los riesgos, se determinará la prima del seguro por el transporte de las mercancías, que figurara por separado junto con cada declaración y se abonaran en su conjunto semestralmente.

8.- El contrato se extinguirá y las cantidades abonadas quedaran a favor del asegurador si mediase valoración inexacta, particularmente en la mención de aquellas peligrosas que exigen ciertas medidas de seguridad en su transporte. Igualmente se resolverá por falta de aviso al asegurador de la existencia de cargas, embargos y otras contingencias que determinan un retraso del viaje y consiguiente abono de daños por entrega retardada de las mercancías.

9.- Son también causa de extinción, la transmisión del buque a otro naviero sin comunicación anticipada al asegurador, y aún comunicándose, éste podrá o no continuar el seguro, como también el incumplimiento por cualquiera de las

partes a las condiciones establecidas en este contrato, todo ello con pérdida de las primas hasta entonces abonadas.

10.- El contrato quedará extinguido por el transcurso del plazo de vigencia o la prórroga, en su caso, si mediase preaviso, y en caso de siniestro del buque que ocasione su pérdida total o parcial, con devolución de las primas a cuenta que correspondan a partir de ese momento y las que correspondan en concreto al cargamento, si no se hallaran comprendidas en la indemnización propia del seguro del buque.

11.- Todos los impuestos que se originen por la formalización, tramitación, cumplimiento y extinción de este contrato serán a cargo de la parte que interviniera.

12.- Cualquier litigio, discrepancia entorno al cumplimiento e interpretación de este contrato, o que esté directa e indirectamente relacionado con él, se someterá a arbitraje, con renuncia expresa de las partes al fuero propio que haya de corresponderles y en el marco de la contratación mercantil. En lo que por normas imperativas no pueda ser sometido a arbitraje, las partes, con renuncia al fuero propio que pueda corresponderles, se someten a la jurisdicción de los Tribunales de Pontevedra.

13.- La invalidez de algunas de las estipulaciones de este contrato no afectará a los demás, que se consideran vigentes. Para cuantas dudas no puedan ser resueltas con el presente contrato, las partes se someten expresamente a la legislación de España, sin perjuicio de las normas imperativas y de orden público que resulten de aplicación por Derecho Internacional Privado.

En prueba de conformidad, una vez leído el contrato, ambas partes firman el presente documento, por duplicado y a un solo efecto.

En Pontevedra, a 15 de junio de 2013.

El asegurador

El asegurado

DOCUMENTO N° 6

CONTRATO DE TRANSPORTE

CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS

De una parte, Transportes S.L., sociedad limitada, con domicilio social en Avda. Campos nº 68 Chantada (Lugo), CP 27500, con CIF B-27294309, representada por don Rodolfo Gómez de la Fuente, en calidad de Administrador, con DNI 76829467-V, en adelante el PORTEADOR,

De otra parte, Sousa Holstein S.A., sociedad anónima, con domicilio social en Polígono de Lalín Dos Mil, Parcela C26 Alfonselle-Lalín (Pontevedra), CP 36500, con CIF A-36184378, representada por don Silvestre Holms, en calidad de Administrador, con DNI 32947832-J, en adelante el CARGADOR, ambas partes reconocen mutuamente la capacidad necesaria para el otorgamiento de este contrato mercantil,

EXPONEN

Que han acordado realizar un contrato mercantil de transporte de mercancías por carretera con arreglo a las siguientes

CLAÚSULAS

Primera.- Transportes MRS S.L., se compromete con Sousa Holstein S.A., al transporte de las mercancías en las condiciones determinadas en las siguientes cláusulas.

Segunda.- El objeto del transporte será un cargamento que consta, por un lado, 15 kilos de pescado y, por otro, 10 kilos de marisco.

Tercera.- El transporte se realizará por tiempo indefinido, comenzando la vigencia del contrato desde el 22 de junio de 2014.

Cuarta.- Los envíos tendrán una periodicidad mensual por tiempo indeterminado.

Quinta.- Se estipula un precio global por el transporte de 15.585,32€ que será pagado entre los 15 primeros días del mes correspondiente.

Sexta.- Se estipula la indemnización para casos de resolución unilateral anticipada o para caso de incumplimiento de 3500€.

Séptima.- Todos los gastos e impuestos que se deriven de la formalización, cumplimiento o extinción del presente contrato serán por cuenta del cargador.

Octava.- Las partes se someten a la Jurisdicción de Pontevedra para la resolución de las controversias que puedan surgir en la ejecución de este contrato.

Novena.- Este contrato tiene carácter mercantil y se registrará por sus propias cláusulas y en lo que en ellas no estuviera previsto serán de aplicación las normas relativas a la contratación mercantil, por las condiciones generales de aplicación en la contratación de transportes de mercancías por carretera aprobadas por la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, Tratados internacionales vigentes en España de acuerdo con su ámbito respectivo y las normas de la Unión Europea.

Las partes manifiestan su conformidad al presente contrato, que otorgan y en prueba de ello firman en duplicado ejemplares igualmente originales y auténticos formalizados a un solo efecto y para su entrega a las mismas.

En Pontevedra, a 20 de junio de 2014.

EL PORTEADOR

EL CARGADOR

DOCUMENTO N° 7

CONTRATO DE SUMINISTRO

CONTRATO DE SUMINISTRO

Los suscritos, a saber Sousa Holstein S.A., sociedad anónima, domiciliada en Polígono de Lalín Dos Mil, Parcela C26 Alfonselle-Lalín (Pontevedra), CP 36500, con CIF A-36184378, representada por don Silvestre Holms, Administrador único, con DNI DNI 32947832-J, en adelante EL PROVEEDOR; y de otra parte, RESTAURANTE S.L., sociedad limitada, domiciliada en C/ De la Rosa nº 54, Salou (Barcelona), CP 43840, con CIF B-32451687 y representada por doña Pilar García Carballido, Administradora única, con DNI 93827561-H, que en adelante se denominará EL SUMINISTRADO,

han acordado celebrar el presente contrato de suministro que se registrá por las siguientes,

CLÁUSULAS

PRIMERA.- El presente contrato tiene por objeto el suministro periódico por parte del PROVEEDOR de diversos productos marinos(concretamente pescado y marisco) a favor del SUMINISTRADO, y a cambio de la contraprestación a que éste último se obliga en la cláusula tercera del presente contrato.

SEGUNDA.- Constituyen obligaciones del proveedor:

- Primera: Suministrar al SUMINISTRADO la mercancía mencionada en la cláusula primera de este contrato así como cualquier otro producto del PROVEEDOR que acuerden por escrito las partes, y con los plazos de entrega que tiene o tenga establecidos el PROVEEDOR.
- Segunda: Conceder al SUMINISTRADO un descuento del 5% por el pago dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la factura.
- Tercera: Conceder al suministrado dos meses para el pago, contados a partir de la fecha de expedición de cada factura.
- Cuarta: Fijar como cuantía mínima de cada pedido la suma de 15 kilos de pescado y 10 kilos de marisco. Esta suma podrá ser modificada por el PROVEEDOR, en cualquier momento, mediante la sola notificación, por escrito al SUMINISTRADO.
- Quinta: Otorgar, a exclusivo criterio del PROVEEDOR, un cupo de crédito al SUMINISTRADO, señalando un límite máximo para sus pedidos.
- Sexta: Entregar al SUMINISTRADO material publicitario y catálogos en la cantidad adecuada.

TERCERA.- Constituyen obligaciones a cargo del suministrado las siguientes:

- Primera: El SUMINISTRADO se obliga a adquirir los productos suministrados por el PROVEEDOR a fin de revenderlos, sujetándose a los precios y condiciones fijadas por el PROVEEDOR para la venta al público.
- Segunda: Pagar de contado el pedido inicial.
- Tercera: El SUMINISTRADO se obliga a firmar las facturas u otros documentos que le expida el PROVEEDOR y que correspondan a mercancías efectivamente entregadas, en señal de que asume la obligación de pago.

CUARTA.- Las partes convienen en que cada suministro constituye una venta en firme, y que en consecuencia, el PROVEEDOR no aceptará devolución alguna de mercancías vendidas en ejecución del presente contrato de suministro, salvo en los casos de artículos con defectos de fabricación advertidos por el SUMINISTRADO y notificados por éste al PROVEEDOR, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de entrega de cada suministro.

QUINTA.- El presente contrato de suministro se fija por plazo indefinido pero podrá ser terminado, sin aviso previo, en cualquier momento por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones estipuladas o dando aviso escrito a la otra parte con una anticipación de un mes a la fecha en que deba ser terminado.

SEXTA.- Este contrato no podrá ser cedido sin previa aprobación del PROVEEDOR.

SEPTIMA.- Ninguna de las obligaciones contenidas en las cláusulas de este contrato generarán en ningún caso vínculo adicional entre las partes ni habilitarán al SUMINISTRADO para representar al PROVEEDOR a ningún título. EL SUMINISTRADO manifiesta que en el pasado no ha existido entre las partes ninguna clase de vinculación ni se ha celebrado contrato alguno de índole civil, laboral o comercial distintos de los que eventualmente pudo haber celebrado de compraventa de algunos de los mismos productos con el PROVEEDOR, con quien no lo une ni ha unido ningún contrato de mandato, comisión ni agencia comercial y que, en consecuencia, carece de autorización o vínculo contractual que le faculte para representar o comprometer de alguna manera al PROVEEDOR, ni para anunciarse como titular de alguna de las dichas calidades.

En Pontevedra, a 20 de junio de 2013.

PROVEEDOR

SUMINISTRADO

BIBLIOGRAFÍA

ARENAS HIDALGO, N., *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa comunitaria*, Universidad de Huelva, 2005.

DÍAZ ECHEGARAY, J-L., *La Responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, montecorvo, Madrid, 1995.

DÍAZ ECHEGARAY, J-L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, 2002.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador de hecho y de derecho*, tirant lo blanch, Valencia, 2007.

FERREZ LLORET, J./ SANZ CABALLERO, S., *Protección de personas y grupos vulnerables. Especial referencia al Derecho internacional y europeo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Contratación mercantil*, tirant lo blanch, Valencia, 2003, Vol. III.

HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

IRIARTE ÁNGEL, J-L., *El contrato de embarque internacional*, Beramar, Madrid, 1993.

JIMÉNEZ PIERNAS, C., *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica española*, tecnos, 2009.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G-J./DÍAZ MORENO, A., (COORDS.), *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 15º edición, Madrid, 2013.

LATORRE CHINER, N., *El administración de hecho en las sociedades de capital*, Comares, 2003.

LÓPEZ GARRIDO, D., *El Derecho de asilo*, Trotta, Madrid, 1991.

MANGAS MARTÍN, A./ LIÑÁN NOGUERAS, D-J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, tecnos, 7º edición, 2012.

MARTÍN GUTIÉRREZ, A., *La representación orgánica y voluntaria en las sociedades de capital*, Colegio de España, 2005.

MENÉNDEZ, A., / ROJO, A., DIR, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Navarra, 2012.

MORENO CATENA, V./ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, tirant lo blanch, 4º edición, Valencia, 2010.

MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas a la luz de los textos internacionales*, Iustel, madrid, 2008.

MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Bosch, Madrid, 2007.

- MUÑOZ AURIÓN, A., *La política común europea del Derecho de asilo*, tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- NEILA Y NEILA, J-M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2002.
- PASTOR RIDRUEJO, J-A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, tecnos, 17º edición, 2013.
- PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, tirant lo blanch, 2008.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., *Introducción al Derecho Procesal*, andavira, 2º edición, 2010.
- RÍOS CORBACHO, J-M., *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Universidad de Cádiz, 2003.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, A-J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6º edición, tecnos, 2006.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J-L., (COORD.), *Derecho Internacional Humanitario*, tirant lo blanch, 2º edición, valencia, 2007.
- ROMA VALDÉS, A., *La responsabilidad de las personas jurídicas*, Rasche, Madrid, 2012.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Aranzadi, 2º edición, 2007.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- SIERRA NOGUERA, E., *El contrato de fletamento por viaje*, Real Colegio de España, 2002.
- TAMAYO JARAMILLO, J., *El contrato de transporte*, temis, 1991.
- VILALTA E., *Acciones de responsabilidad de los administradores en S.L. Y S.A.*, Bosch, Barcelona, 2001.
- YÁÑEZ VELASCO, R., *Refugio y asilo político. Conceptos y problemas jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2002.