

**Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Madrid**

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 4 - 28035

Teléfono: 914934435,914934730/553

Fax: 914934551

SHM33

audienciaprovincial\_sec1@madrid.org

37051030

N.I.G.: 28.079.00.1-2024/0282542

**Recurso de Apelación 377/2025**

**Origen:** Juzgado de Instrucción nº 19 de Madrid

Diligencias previas 2001/2024

**Apelante:** Dña. SUSANA JOVE FRANCH, Dña. ROXANA GABRIELA GARCIA DREXEL, Dña. CRISTINA KARMIÑE DUATO DE SALAZAR y D. IGNACIO DE LA MACARENA CANO ANDRES

**Procurador D. LUIS JOSE GARCIA BARRENECHEA**

**Letrado Dña. ELENA FERNANDEZ BEZANILLA**

**Apelado:** UNIÓN SINDICAL MADRID-REGIÓN CCOO (USMR CCOO) y MINISTERIO FISCAL

**Procurador Dña. MARIA DOLORES MAROTO GOMEZ**

**Letrado D. CARLOS FUENTES VAREA**

**AUTO N° 414/2025**

**Ilmos/as. Sres/as. MAGISTRADOS:**

Dña. ADELA VIÑUELAS ORTEGA (PONENTE)

Dña. ISABEL MARÍA HUESA GALLO

D. ANTONIO ANTON Y ABAJO

En Madrid, a 11 de abril de 2025.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** – El día 9 de diciembre de 2024 por el Juzgado de Instrucción número 19 de Madrid se dictó auto por el que acordó denegar el sobreseimiento libre solicitado por la representación procesal de Don Ignacio Macarena Cano Andrés, Doña Roxana Gabriela García Drexel, Doña Cristina Carmiñe Duato De Salazar y Doña Susana Jove Franch. Notificado a las

partes dicho auto, la citada representación interpuso recurso de apelación, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la USMR CCOO, que se opusieron a su estimación.

**SEGUNDO.** - Remitido el oportuno testimonio de las actuaciones a este Tribunal para la resolución del recurso se ha señalado día para la deliberación, votación y fallo, designándose Ponente a Doña Adela Viñuelas Ortega que expresa el parecer de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** - La parte recurrente señala que los responsables del Musical Malinche abrieron un sistema de becas de forma conjunta con la Casa de México para que artistas mejicanos puedan acceder a un programa de becas subvencionado de una parte por la Casa de México y de otra por la productora de Malinche con dinero privado. Para ello se firma un convenio con la Escuela de enseñanzas artísticas privadas, JANA, en un proceso de formación que durará diez meses y que una vez finalizado contempla la vuelta de estudiantes mexicanos a su país con oportunidad de ser seleccionados desde ese instante para formar parte del elenco de artistas del citado musical. Para que los estudiantes mexicanos puedan acceder al plan de becas y la formación correspondiente en España no precisan de visado por estudios ya que México está excluido de dicha obligación en virtud el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 que establece la lista de terceros exentos de dicha obligación. Igualmente, la autorización de estancia por estudios inferior a 90 días ni siquiera precisa la solicitud de visado específico de estudios pudiendo realizar la actividad formativa durante la vigencia de visado de estancia como es el visado Schengen que es el mismo que emplean los turistas. En tal sentido el auto interpreta erróneamente lo actuado pues señala que los supuestos becarios recibieron instrucciones de hacerse pasar por turistas cuando llegaron al puesto fronterizo y se simuló falsariamente su verdadero destino, y es posteriormente cuando se solicitan las autorizaciones de estancias por estudios los cuales fueron denegados por no acreditarse que los estudios objeto de autorización conduzcan a la obtención de un título o certificado de estudios.

Ello, no obstante, sigue indicando, dicha forma es legal y se encuentra amparada por un documento estudio de la Unión Europea en el que se hace referencia a la creación de una Red Europea de Migración, REM, creada por Decisión del Consejo de Europa 2008/38/CE. Este

documento recoge expresamente los procedimientos para solicitar el visado de estudios tanto desde el consulado de España en el país de origen como en España cuando se trata de desempeñar una formación en nuestro territorio especificando que la estancia será menor o mayor a seis meses. La forma de solicitar dicho visado desde España una vez haya entrado como turista está prevista en el artículo 20 del documento referido y en la Instrucción 1/2023 sobre autorizaciones de estancias por estudios, emitida por el Ministerio de Inclusión, Seguridad y Migraciones, Dirección General de Migraciones, Subdirección General de Gestión y Coordinación de los flujos migratorios que hace referencia a los estudios impartidos en su epígrafe “Enseñanzas artísticas”.

La solicitud de estancia por estudios en el territorio español también se encuentra amparada por la Directiva de la UE 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 incorporada el ordenamiento interno por RDL 11/2018 de 31 de agosto.

La habilitación para permanecer en España por un periodo no superior a 90 días se encuentra recogida también en la LO 4/2000 de 11 de enero en su artículo 25bis f) que incluye el denominado visado de estudios y en el artículo 33 hace referencia a las actividades que han de tener por objeto.

En este caso los estudiantes mexicanos llegaron a Madrid en distintas fechas de diciembre de 2023 y en enero de 2024 tuvo lugar las solicitudes de estancia por estudios en la Escuela JANA que fueron registradas en la Delegación de Gobierno cumpliendo los requisitos de plazo con la documentación correspondiente. Se denegó la solicitud en base a considerar que no ha quedado acreditado que los estudios objeto de solicitud conduzcan a la obtención de un título o certificado de estudios al considerar que la escuela JANA no es reglada ni homologada, lo cual contradice el artículo 37.1 del Reglamento de Extranjería que no exige que la formación sea reglada u homologada. Contra dichas resoluciones se interpusieron recursos de reposición y ante los Juzgados Contencioso Administrativos, quedando en suspenso la salida de solicitantes que de otro lado no se había acordado en la vía administrativa y que en caso de ser denegada la estancia debería retrotraerse a diciembre de 2023.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio y 16 de julio de 2002, 30 de mayo, 6 y 30 de octubre de 2003, 4 de mayo y 13 de diciembre de 2004, 15 de febrero, 10 de marzo, 6 y 30 de junio y 22 de noviembre de 2005, entre otras

muchas), el bien jurídico protegido no lo constituye el mero control estatal de los flujos migratorios, interpretación que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas, cuya criminalización quebrantaría el principio de intervención mínima del Derecho Penal. A la vista de los acuerdos internacionales sobre la materia, se desprende la orientación a un plano supranacional de protección, a modo de interés difuso articulado no sólo para el mantenimiento del orden socioeconómico, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando su trato como objetos, de manera clandestina y lucrativa, con clara lesión de su integridad moral. Tampoco es suficiente la consideración de la reacción punitiva frente a la lesión del derecho a la integridad moral que impide tratar a los seres humanos como "mercancías", en cuanto la conducta es punible aun en los supuestos de consentimiento válidamente prestado por el inmigrante extranjero. Por esta razón, la interpretación del objeto de protección ha de ir más allá para facilitar que el emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas, pueda lograrlo en condiciones de legalidad e igualdad (Sentencias de 22 de noviembre de 2005, 19 de mayo y 10 de noviembre de 2006). 1. El artículo 318 bis.1 del Código Penal) en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003), sanciona a quien, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito, o con destino a España. La conducta, descrita en el tipo con una gran amplitud, consiste en cualquier acto que suponga un favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, referidos a terceras personas. No precisa de la presencia de ánimo de lucro, pues cuando éste concurre es de aplicación el subtipo agravado del, entonces, apartado tercero del artículo. No basta con acreditar cualquier infracción de la normativa administrativa sobre la materia, sino que la referencia a la ilegalidad del tráfico o a la clandestinidad suponen el empleo por parte del autor de alguna clase de artificio orientado a burlar los controles legales establecidos en el ámbito de la inmigración, o con carácter general del tránsito de personas de unos países a otros. En este sentido la STS núm. 147/2005, de 15 de febrero. Pero ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva, y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico.

Desde la perspectiva relacionada con el bien jurídico, aun cuando se entienda, como hace un sector doctrinal, que el delito trata de proteger el control sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática en un nuevo Título XV bis bajo la rúbrica de los delitos contra los

derechos de los ciudadanos extranjeros, impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina. Tal como se decía en la STS núm. 1087/2006, de 10 de noviembre, " es la clandestinidad o la ilegalidad del desplazamiento lo que constituye la base para que las condiciones concretas de cada caso puedan colocar al sujeto pasivo en una situación en la que sus derechos se ven, al menos, ante un alto peligro de ser seriamente disminuidos. Y junto a esos derechos, sin duda es valorable el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, pues el hecho de que penalmente la sanción se justifique solo al aparecer otro bien jurídico digno de protección, en este caso la integridad de los derechos de los ciudadanos extranjeros, no impide la subsistencia de la preocupación de los Estados que preside toda la normativa en materia de extranjería ".

En consecuencia, la conducta típica del artículo 318 bis no se corresponde mecánicamente con el mero incumplimiento de la normativa administrativa en materia de extranjería. El referido precepto exige una afectación negativa relevante, actual o seriamente probable, de los derechos del ciudadano extranjero. Así se decía en la STS núm. 1465/2005, que " La conducta del artículo 318 bis no sólo concurre por la presencia de una inmigración con incumplimiento de la normativa vigente en materia administrativa sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional, sino que existe cuando a ello se añade una situación de especial vulnerabilidad en el sujeto pasivo -como acontece con frecuencia en los coloquialmente llamados «inmigrantes sin papeles»-, circunstancia que los sitúa en condiciones óptimas para los fines perseguidos por el sujeto activo,...".

En cualquiera de los casos, decíamos en la STS núm. 1087/2006, " no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas que en la legislación de extranjería vienen configuradas como una mera infracción administrativa ( artículo 54 de la LO 4/2000) de manera que el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa , solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable ".

Respecto del tráfico ilegal, ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración (STS 284/2006, de 6 de

marzo). Varias sentencias de esta Sala se han pronunciado sobre el particular, destacando los aspectos formales relacionados con la ilegalidad, aunque sin excluir la exigencia de algún factor de riesgo para los derechos del ciudadano extranjero afectado, elemento que en la mayoría de los casos se extrae sin dificultad de la situación en la que las personas sujetos pasivos de la conducta son trasladadas por quienes se aprovechan de su situación.

Tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 5/2010, la previsión del artículo 318 bis 1, aquí examinada, coexiste, en lo que aquí interesa, con otras dos previsiones incluidas bajo la rúbrica del Título XV, dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores. La primera, en el artículo 312.1, que sanciona a quienes trafiquen de manera ilegal con mano de obra. Y, la segunda, en el artículo 313, que sanciona al que determinare o favoreciere la emigración de una persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, conducta ya prevista con anterioridad en el número segundo de dicho artículo en su redacción anterior a la referida Ley Orgánica.

De esta forma, los derechos de los trabajadores quedan protegidos por esos dos tipos delictivos, mientras que los que corresponden a los ciudadanos extranjeros se contemplan en el artículo 318 bis. A estos efectos no deben ser confundidos o equiparados el tráfico ilegal de mano de obra del artículo 312 y el tráfico ilegal de personas que aparece en el artículo 318 bis, aunque la expresión legal sea coincidente. El primero, generalmente concretado en la cesión de trabajadores o en la colocación ilegal de los mismos, se dirige a proteger los derechos de los trabajadores como tales con una pena inferior a la comprendida entre cuatro y ocho años de prisión contemplada en el artículo 318 bis, precepto, como se ha dicho, orientado a proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros, en cuanto personas, especialmente los referidos a su dignidad, libertad y seguridad, que pueden ser restringidos o ignorados cuando se encuentran en movimientos de tipo migratorio o similares desde, en tránsito o con destino a España o, ya en la actualidad, a otro país de la Unión Europea, y son colocados generalmente por grupos de tipo mafioso, en situaciones de irregularidad administrativa en materia de extranjería en los países por los que transitan o a los que son conducidos.

En el presente caso de un lado no se ha tratado de introducir a los ciudadanos mexicanos de forma clandestina con una presunta entrada como turistas con la intención de permanecer en España con infracción de las normas de extranjería, sino siguiendo un procedimiento no poco

común consistente en entrar como turistas sin necesidad de visado y una vez en nuestro país solicitar el visado para estudiantes, siguiendo un procedimiento mas sencillo e incluso asumido por la Directiva de la UE indicada. Esto es, no se trata de falsear su entrada en España para una permanencia ilegal pues el propósito era conseguir el permiso necesario que si bien fue denegado la razón no fue dicha entrada. El procedimiento seguido puede ser o no el adecuado, pero no corresponde a esta jurisdicción su valoración, pero no llega a integrar la gravedad mínima de exige el tipo penal del artículo 318 bis del Código Penal.

Por ejemplo, el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto señala que:

“ En el supuesto del artículo 37.1.a), la solicitud de la autorización de estancia por estudios podrá presentarse por el extranjero, personalmente, mediante representación o a través de los medios telemáticos habilitados para ello, en el modelo oficial, en la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que vaya a iniciarse la actividad siempre y cuando se halle regularmente en territorio español y presente la solicitud con una antelación mínima de un mes a la fecha de expiración de su situación. En estos casos, será la Delegación o Subdelegación del Gobierno la encargada de valorar los documentos que acompañen a la solicitud y de resolver y notificar al interesado el sentido de la resolución en un plazo máximo de un mes.” Por ello la entrada de los extranjeros en España no tenía sino otra finalidad que una vez su estancia legal en España como turistas solicitar la autorización de estancia por estudios como así se hizo.

En tal sentido se da la razón a la parte recurrente. Si bien quedan diligencias de investigación pendientes de practicar, lo cierto es que las mismas se consideran innecesarias ya que en relación a un nuevo informe de la Subinspectora de Trabajo, el mismo se practicó tras las conversaciones con los profesores y las personas becadas quienes le manifestaron que se encontraban matriculadas en la escuela internacional de artes escénicas JANA aportando suficiente documentación que acredita la finalidad de impartir una formación artística con cambio de experiencias, difusión de cultura y en consecuencia una formación académica en un marco general de colaboración entre FCM y Malinche The Musical Spain a través de Jana Producciones SA con lo que se pone de manifiesto la realidad de la finalidad de entrada de los becarios. No se considera que tenga que tomar contacto con el atestado ni conversaciones con otros becarios pues en el atestado estos no niegan tal condición o finalidad, sino la forma de entrada como turistas y la posterior solicitud de visado.

Dicho informe es suficiente y se entiende que el resto de las diligencias son excesivamente prolijas sin suficiente base para considerar en el presente procedimiento que la finalidad ha sido diferente a la alegada y que ha sido aprovechada para una explotación de los becarios encubriendo su condición de trabajadores, quienes, si bien es cierto que han podido tener un horario algo distinto al habitual, ello no es tan extraño al tratarse de un musical en el que es difícil ajustar a las condiciones normales, sin que se haya acreditado que haya sido abusivo pues si bien el horario según algunos becarios era de 14 a 00,30 eso no era todos los días sino viernes y sábado. De otro lado si bien manifiestan que de forma alterna participaban en el musical miércoles y jueves lo cierto es que ello no puede considerarse que los utilizaran como trabajadores sino para que pudieran aprender con dicha participación, o al menos ello se considera lo lógico en la marcha de la enseñanza con prácticas. Lo mismo cabe decir de las asignaciones recibidas que si bien no se ajustan al SMI lo cierto es que no se trata de trabajadores sino de personas que reciben una formación que puede servir para su futuro como es frecuente en otras empresas que en su trabajo cuentan con estudiantes como becarios a los que en absoluto pagan un salario ajustado al propio de los trabajadores. De otro lado como indica la Subinspectora de Trabajo no es obligado darles de alta en la Seguridad Social.

A lo anterior añadir que es obligación del Juez Instructor al recibir la noticia criminis realizar un doble pronóstico, por un lado, de presunta tipicidad de los hechos justiciables y, por otro, en su caso, de suficiencia indiciaria objetiva y subjetiva de los mismos. A sensu contrario, cuando falte alguno de los dos presupuestos, resulta obligado, por exigencias derivadas del principio de presunción de inocencia, como regla de tratamiento procesal que condiciona todo el proceso inculpatario, ordenar la decisión de crisis anticipada que proceda, ya sea el sobreseimiento libre, por falta de tipicidad de los hechos justiciables, ya sea el sobreseimiento provisional por debilidad indiciaria, objetiva o subjetiva (STC 186/90).

El procedimiento penal en la fase de instrucción, aunque no requiera pruebas ciertas para su continuación, tampoco es que opere de forma automática, sino que se encuentra sometida a un previo filtro y valoración racional por el órgano judicial según los principios que imperan en el derecho penal. Por ello, viene señalando la doctrina constitucional, que la parte acusadora no tiene derecho a que el Juez lleve a cabo una actividad investigadora exhaustiva o ilimitada, sino que una vez constatado que los hechos que se investigan no son subsumibles en ningún tipo penal, el deber del Juez de Instrucción no es agotar las posibilidades de investigación, sino no

alargar innecesariamente el proceso, para salvaguardar los derechos del posible implicado ( SSTC 89/1986, 199/1996)".

A pesar de lo indicado en el auto y lo solicitado por el Ministerio Fiscal seguir con tan prolija investigación cuando ya se ha dado una explicación razonable, de lo actuado se desprende una falta de indicios racionales suficientes de comisión de un delito contra los derechos de los trabajadores y de los extranjeros, con independencia de que cumplan o no los requisitos administrativos a valorar en otra jurisdicción, lo cual es ya entrar casi en una investigación prospectiva que no corresponde al Juzgado.

Por ello el recurso se estima si bien no procede el sobreseimiento libre solicitado sino el provisional por si aparecieran nuevos datos que obliguen a la reapertura de la causa lo cual no sería posible en el primer caso al tener el valor de cosa juzgada.

De acuerdo con el artículo 637 de la Lecr "Procederá el sobreseimiento libre:

1. ° Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa.
2. ° Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.
3. °, Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.

Procederá el sobreseimiento provisional según el artículo 641 de la citada Ley:

1. ° Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa.
2. ° Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.

No es que no existan indicios sobre la perpetración del hecho, sino que faltan indicios suficientes para sustentar una acusación contra los recurrentes.

**SEGUNDO.** - Al estimarse parcialmente el recurso deben declararse de oficio las costas causadas en la presente alzada.

### **PARTE DISPOSITIVA**

**ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Ignacio Macarena Cano Andrés, Doña Roxana Gabriela García Drexel, Doña Cristina Carmiñe Duato De Salazar y Doña Susana Jove Franch contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción número 19 de Madrid en las Diligencias Previas 2001/2024 y en consecuencia se acuerda el **SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL** de la causa, declarándose de oficio las costas causadas en la presente alzada.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Lo acuerdan, mandan y firman

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.