



Roj: **STS 3694/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3694**

Id Cendoj: **28079120012019100615**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2019**

Nº de Recurso: **10184/2019**

Nº de Resolución: **556/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 26/2019,**
STS 3694/2019

RECURSO CASACION (P) núm.: 10184/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 556/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Julian Sanchez Melgar

D. Andres Palomo Del Arco

D^a. Susana Polo Garcia

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 19 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 10184/2019, interpuesto por **D. Jose María** representado por la procuradora D.^a Bárbara Egido Martín bajo dirección letrada de D.^a M^a Luisa Hernández Sánchez, por D. Jose Enrique representado por la procuradora D.^a Rosa María García Bardón bajo dirección de D.^a María José Ortuño Abad y por D. Juan María representado por la procuradora D.^a Rosa María García Bardón bajo dirección letrada de D.^a Nuria Martínez Parra contra la sentencia de fecha 25 de febrero de 2019 dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de las Palmas de Gran Canaria que desestimó el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Bartolomé de Tirajana tramitó Procedimiento Abreviado núm. 3044/2017, por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros contra **D. Jose María , D. Juan María y D. Jose Enrique** ; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de las Palmas, cuya Sección Sexta (Rollo de P.A. núm. 18/2018) dictó Sentencia en fecha 31 de julio de 2018 que contiene los siguientes **hechos probados**:

" **ÚNICO.-** Probado y así se declara que sobre las 19:35 horas del 23 de noviembre de 2017 arribó a las costas de Gran Canaria, concretamente al Puerto de Arguineguín, San Bartolomé de Tirajana una embarcación tipo patera en la que viajaban al menos 99 personas.

La referida embarcación había zarpado el día 13 de noviembre de las costas de Djifer, Gambia siendo patroneada desde ese momento hasta su arribo a España por los acusados Jose María , Juan María , y Jose Enrique , valiéndose para ello de un dispositivo GPS, quienes habían sido encargados para ello por personas desconocidas que cobraron el dinero del viaje al resto de los ocupantes del cayuco para efectuar esta labor.

Los encausados patronearon la mencionada embarcación desde su salida, en Gambia, hasta su llegada a las costas canarias, utilizando un GPS que llevaba Jose María , y patroneando la embarcación Juan María , y Jose Enrique quienes se alternaban en el timón.

El viaje duró diez días y si bien a los tripulantes de la embarcación se les suministró agua y comida, durante los cinco primeros días, a partir del quinto día se acabó la comida resultando la misma insuficiente. La embarcación carecía de chalecos salvavidas.

No queda acreditado que no de los ocupantes del cayuco haya fallecido durante el viaje".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"LA SALA RESUELVE.- Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a Jose María , Juan María , y Jose Enrique , como autores criminalmente responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, y a casa uno de ellos a la pena de **CINCO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN** con la accesoria de inhabilitación para el sufragio pasivo por el tiempo de la condena y la expresa imposición, por partes iguales, de las costas devengadas.

Que debemos absolver y absolvemos a Jose María , Juan María , y Jose Enrique del delito de homicidio imprudente del que venían siendo acusados.

Para el cumplimiento de la pena impuesta les será de abono a los penados el tiempo que hubieren estado privados de libertad por esta causa".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por las representaciones **procesales** de los condenados D. Jose María , Juan María y Jose Enrique ; dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria en fecha 25 de febrero de 2019, en el Rollo de Apelación núm. 14/2019, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones **procesales** de don Jose María , don Juan María y don Jose Enrique contra la sentencia de fecha 31 de julio de 2018, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de las Palmas, en el Procedimiento Abreviado nº 18/2018, procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de San Bartolomé de Tirajana, la cual confirmamos en todos sus pronunciamientos, sin efectuar imposición de las costas de esta alzada".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación **procesal** de **D. Jose María , D. Juan María y de D. Jose Enrique** que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Jose María

Motivo Único.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en los artículos 849.2º y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se formula motivo de casación basado en la existencia de error en la apreciación de la prueba, pues los documentos obrantes en autos demuestran, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, que el tribunal ha incurrido en errores fácticos, lo que determina la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), en su vertiente relativa a la necesidad de que la motivación de la Sentencia no incurra en error patente.

Juan María



Motivo Único.- Por infracción de preceptos constitucionales al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 24 de la CE relativo al derecho fundamental a la presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, proceso debido con todas las **garantías** e interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) y la indefensión, motivación y congruencia de las sentencias (artículo 120.3 CE). Inexistencia de prueba de cargo. Principio in dubio pro reo.

Jose Enrique

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 CE, en referencia al derecho del acusado a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 24.1 del cuerpo legal, por cuanto no se ha tenido en cuenta que, en las resoluciones judiciales, es necesario que éstas estén suficientemente motivadas.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2, por error en la apreciación de la prueba.

Motivo Tercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECr., por no expresar la sentencia clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideran probados y por resultar manifiesta la contradicción entre los hechos declarados probados en la sentencia.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 17 de julio de 2019 interesó la inadmisión a trámite de los recursos interpuestos y solicitó de manera subsidiaria la desestimación de los motivos alegados; la Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 7 de noviembre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia condena a los acusados, en esencia por patronear una embarcación tipo "patera" desde Gambia a Canarias, en la que viajaban 99 personas, alternándose dos de ellos al timón y el tercero utilizaba el GPS que les marcaba el rumbo.

1. La inicial sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial es recurrida en apelación por cada uno de los tres acusados que desestima sus respectivos recursos; sentencia de apelación que a su vez, es recurrida en casación por dichos acusados, Jose Enrique , Jose María y Juan María .

2. Este último, fundamenta el primer apartado de su primer y único motivo en la ausencia de motivación, indica que la sentencia recurrida, *de 25 de febrero de 2019, dictada en recurso de apelación por la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, NO se menciona en los Fundamentos de Derecho nada del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Juan María por lo que el fallo de la misma, en relación con D. Juan María , carece de una manifiesta y total falta de motivación.*

3. Aserto objetivamente cierto, pues en el contenido de la sentencia recurrida, si bien en los antecedentes de hecho se afirma que recurren los tres y en el fallo se desestima el recurso de los tres, en la fundamentación se pretiere absolutamente el recurso formulado por la representación **procesal** de Juan María , así:

- En el primer fundamento se resume la condena y se describen las condiciones de la embarcación y escasez de vituallas.

- En el segundo se fundamenta la desestimación del recurso formulado por la representación de Jose Enrique .

- En el tercero, se fundamenta la desestimación del recurso formulado por la representación de Jose María .

- Y en el cuarto, una sucinta alusión a las costas del recurso.

4. Aun cuando en esencia, los tres recursos aluden a la insuficiencia de la prueba practicada, el testimonio de un testigo protegido y la reproducción de varios testimonios preconstituidos de otros inmigrantes que viajaban en la embarcación, los matices vertidos en su argumentación, imposibilitan poder concluir que el recurso de Juan María , resulta íntegramente contestado de forma tácita con la respuesta otorgada a los otros dos recurrentes.

5. De otra parte, tal omisión no es de las que resultaba necesaria para llevar a efecto el pronunciamiento desestimatorio del recurso de apelación, ni tampoco obviaba pronunciamiento alguno, pues se desestimaba expresamente el recurso formulado por Juan María , lo que conllevaba que tampoco el recurso de complemento (cifr. arts. 267 LOPJ y 161 LECr) fuere remedio idóneo para la preterición descrita.

SEGUNDO.- Presupuestos desde los que necesariamente se concluye el quebranto del derecho a una tutela judicial efectiva del mencionado recurrente, Juan María .



1. Esta Sala Segunda ha reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva, conforme reiterada doctrina constitucional y casacional (vd. por todas STC 50/2014, de 7 de abril de 2014), comprende el derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso. Ello supone, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero). En segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio).

Lo anterior conlleva la **garantía** de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 221/2001, de 31 de octubre; 308/2006, de 23 de octubre; 134/2008, de 27 de octubre; por todas).

En definitiva, el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 8/2005, de 17 de enero; 13/2012, de 30 de enero y 27/2013, de 11 de febrero, etc.).

2. Por tanto, si la respuesta motivada ni siquiera existe, se prescinde de ella, aun cuando sea consecuencia de un mero *lapsus clavis*, en modo alguno cabe concluir la razonabilidad o irrazonabilidad de la resolución, a la vez que se cercenan las posibilidades de impugnación del proceso lógico realizado. Inmotivación, que determina que el recurso deba ser estimado.

3. Sin embargo, la consecuencia de tal estimación, no es la interesada por el recurrente, pues el quebranto del derecho a su tutela judicial efectiva, en autos, en modo alguno determina, que genere necesariamente, a su vez, un quebranto de su derecho a la presunción de inocencia como postula el recurrente.

Expresa la sentencia 617/2014, de 23 de septiembre que mientras el derecho a la tutela procura la legitimidad de la decisión en cuanto excluye la abrupta arbitrariedad, en lo que aquí importa, en las razones subjetivas que el Tribunal expone que le determinaron para establecer el presupuesto fáctico y sobre cuya veracidad se muestra convencido, el derecho a la presunción de inocencia atiende más a la vertiente objetiva de la certeza a cuyos efectos lo relevante es que tales razones sean convincentes para la generalidad. Por eso, mientras el canon exigido por la tutela se circunscribe a un mínimo, funcional a la necesidad de conocimiento por los demás de aquellas razones, la presunción de inocencia exige más intensa capacidad de convicción a los argumentos, de suerte que puedan ser asumidos, y no solamente conocidos, por todos, más allá de la subjetividad del Tribunal. De ahí también la diversidad de consecuencias vinculadas a la infracción de una u otra **garantía**. Frente a la nulidad de la resolución con reposición de las actuaciones que caracteriza la defectuosa tutela judicial, la estimación de vulneración de la presunción de inocencia debe, con carácter general, acarrear la absolución del así condenado.

4. Y sucede que en la instancia se ha afirmado la existencia de prueba de cargo integrada por el testimonio en la vista oral de un testigo protegido, el núm. 3 y la reproducción del vídeo con el testimonio preconstituido, de otros tres testigos. Aunque afirma el Ministerio Fiscal al impugnar los recursos de apelación que fueron cuatro: el núm. 1, el núm. 2, el núm. 5 y el núm. 6, donde en virtud de las citaciones realizadas, los numerados del 1 al 4 eran menores y el 5 y 6, mayores de edad.

Por ende, no es dable sin el análisis o examen del contenido de tales testimonios, afirmar la inexistencia de prueba de cargo. Pero abstracción hecha del contenido de estas declaraciones (que no es dable analizar ahora), una aparente confusión sobre quienes testimoniaron, también fue argumentada por los recurrentes e igualmente restó sin contestación, pese a contar con soporte documental, tanto las referidas citaciones como las grabaciones preconstituidas.

Circunstancia que abunda en la estimación del motivo, que congruentemente a esta adición debe afectar a los tres recurrentes, es decir, a la integridad de la sentencia.

TERCERO.- También afecta a la tutela judicial efectiva, que la respuesta sea pronta, tanto más cuando los recurrentes se encuentran privados de libertad, aun cuando las fechas de período máximo ordinario de prisión provisional, se encuentren próximas, tanto más si eventualmente llega a prorrogarse. Por lo que la nueva sentencia debería producirse en tiempo más breve posible.



FALLO

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

Declararla nulidad de la sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria en fecha 25 de febrero de 2019, en el Rollo de Apelación núm. 14/2019, dictada en el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada en fecha 31 de julio de 2018 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de las Palmas, (Rollo de P.A. núm. 18/2018); y en su virtud devolver las actuaciones a la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria, para que a la mayor brevedad posible, dicte otra nueva, debidamente motivada.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Andres Palomo Del Arco

Susana Polo Garcia Carmen Lamela Diaz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ