



Roj: **SAP GC 923/2013 - ECLI: ES:APGC:2013:923**

Id Cendoj: **35016370012013100149**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **17/04/2013**

Nº de Recurso: **61/2012**

Nº de Resolución: **22/2013**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **IGNACIO MARRERO FRANCÉS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Presidente

D./D^a. MIQUEL ÀNGEL PARRAMON I BREGOLAT

Magistrados

D./D^a. INOCENCIA EUGENIA CABELLO DÍAZ

D./D^a. IGNACIO MARRERO FRANCÉS (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 17 de abril de 2013.

Vistos por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en juicio oral, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ABREVIADO seguidos con el número 23/2012 instruidos por el Juzgado de Instrucción número Dos de DIRECCION014, que ha dado lugar al Rollo de Sala número 61/2012, por un presunto delito CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS, frente a Sergio Urbano, mayor de edad, nacido el día NUM000 de 1982, natural del Reino de Marruecos, de nacionalidad marroquí, hijo de Octavio y de Melisa indocumentado, sin antecedentes penales, privado provisionalmente de libertad por esta causa desde el día 21 de agosto de 2012, sin antecedentes penales, quien actúa como parte acusada representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Rivero Herrera y bajo la dirección jurídica y defensa de la Letrada doña Judith Suárez Domínguez, sustituida en el acto del Juicio Oral por el Letrado don Orlando del Toro Vega; habiendo ejercitado la acusación pública el MINISTERIO FISCAL; siendo ponente D. IGNACIO MARRERO FRANCÉS quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes diligencias se iniciaron en el Juzgado de Instrucción indicado en el encabezamiento de esta sentencia, tramitándose el procedimiento correspondiente y habiéndose celebrado en esta Sección de la Audiencia Provincial de Las Palmas la vista oral, el día nueve de abril de dos mil trece con el resultado que obra en el acta levantada al efecto y que se encuentra unida a las actuaciones.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos procesales como constitutivos de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, previsto y penado en el artículo 318 bis, punto 2º, in fine, del Código Penal, del que resulta criminalmente responsable en concepto de autor el acusado Sergio Urbano de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, interesando la imposición al acusado, en su consecuencia, de la pena de diez años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

TERCERO.- En igual trámite el Letrado de la Defensa del acusado, en conclusiones definitivas interesó la libre absolución de su representado con todos los pronunciamientos favorables.



CUARTO.- Tras los informes finales y la última palabra del acusado quedaron los autos vistos para sentencia, procediéndose a su deliberación y votación, siendo ponente el Ilmo. Sr. Don IGNACIO MARRERO FRANCÉS, quién expresa el parecer de la Sala.

QUINTO.- El acusado permanece privado de libertad por estos hechos desde el día 21 de agosto de 2012.

HECHOS PROBADOS

El acusado, Sergio Urbano, mayor de edad, nacido el día NUM000 de 1982, natural del Reino de Marruecos, de nacionalidad marroquí, hijo de Neuma y de Tibia, indocumentado, en situación irregular en el Reino de España, sin antecedentes penales, valiéndose de sus conocimientos de navegación, con la intención de introducir clandestinamente ciudadanos extranjeros en territorio español y obtener un lucro indebido, en fecha de 16 de agosto de 2012, aún teniendo en cuenta lo arriesgado de la singladura, valiéndose de sus conocimientos de navegación por tratarse de un marinero de profesión, zarpó de un lugar de la costa del Reino de Marruecos comprendido entre El Aiún y Boujdor, con el propósito de llegar hasta las Islas Canarias para entrar en territorio español sin pasar por los correspondientes puestos aduaneros, patroneando una embarcación tipo patera transportando en su interior un total de catorce personas de nacionalidad marroquí, todos indocumentados, carentes de las necesarias autorizaciones administrativas de entrada y permanencia en España, y, que habían pagado previamente cada uno de ellos cantidades que oscilaban entre los 405 y 600 euros al cambio.

Dicha embarcación fue patroneada en todo momento por el acusado Sergio Urbano, quien era su máximo responsable y se encargó de dirigirla hasta nuestro país manejando el timón, valiéndose para ello de aparato de orientación GPS, dando órdenes al pasaje con el fin de mantener la indispensable disciplina a bordo, teniendo en cuenta la precariedad de la embarcación, amén de insistirles, llegando para ello a amedrentarles mediante la exhibición de un cuchillo, en que no deberían identificarle ante las autoridades españolas consciente de la naturaleza ilícita de su actuación.

La embarcación tipo patera empleada por el acusado a tal fin, era absolutamente inadecuada para la travesía realizada por cuanto se trataba de una embarcación de pequeñas dimensiones -entre cinco y seis metros de eslora, dos metros de manga y tres metros de puntal-, propulsada por dos motores, habitualmente utilizada en las costas occidentales de África para labores de pesca de bajura, que tan sólo disponía de dos chalecos salvavidas y que carecía de cualquier otro medio de protección, y que, sin embargo, aquél empleó para realizar una singladura por alta mar, en un viaje que se prolongó entre el día 16 de agosto de 2012, en que zarpó, y las 6:00 horas, aproximadamente, del día 19 de agosto de 2012, día en que fue avistada, tras haber quedado a la deriva, anegándose dado el fuerte oleaje, a unas doce millas náuticas al sur de la Isla de Gran Canaria, frente al Castillo del Romeral, instante en que el acusado arrojó por la borda el cuchillo y el aparato GPS, y, se mezcló con el resto de los ocupantes de la embarcación, siendo rescatados los ocupantes de la embarcación por la tripulación de la embarcación de Salvamento Marítimo denominada Menkalinan, desembarcando posteriormente en el Puerto de Arguineguín.

El acusado permanece privado provisionalmente de libertad por la presente causa desde el día 21 de agosto de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre los hechos. La valoración de la prueba ha sido realizada por esta Sala conforme a lo dispuesto en el artículo 741 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; apreciando, según su conciencia y conforme a las reglas del criterio racional, las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, así como las razones y argumentos expuestos por las partes intervinientes en el presente proceso.

En efecto, la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24.2 de la Constitución se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del artículo 117.3 de la Constitución; y, de otro, que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuar esa presunción de inocencia, para lo cual se hace necesario que la evidencia derivada de esa actividad probatoria lo sea tanto con respecto a la existencia del hecho punible, como en todo lo atinente a la participación que en él tuvo el acusado, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes.



Pues bien, desde esta perspectiva, se ha de tener presente que el relato de hechos declarado probado, apreciando en conciencia la prueba practicada en el acto del juicio, bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción, ha quedado acreditado, fundamentalmente, por la declaración testifical en el acto del juicio oral de doña Lucia Delia , de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía con números de identificación profesional NUM001 y NUM002 , así como por la de los agentes de la Guardia Civil con números de identificación profesional NUM003 y NUM004 ; por la declaración testifical practicada con carácter preconstituido en el Juzgado de Instrucción a tenor de lo dispuesto en el artículo 777.2 LECRIM de los testigos Victorino Hipolito , Hipolito Victorino y Santiago Franco ; por las manifestaciones del acusado en el acto del Juicio Oral, debidamente contrastadas con las prestadas en el decurso de la instrucción de la causa; por la documental obrante en las actuaciones, incorporada al plenario a instancia del Ministerio Fiscal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 726 LECRIM, señaladamente, el atestado instruido por efectivos del Cuerpo Nacional de Policía que ha dado lugar a las presentes actuaciones (folios 1 a 31), en que se encuentran incluidos los informes médicos sobre edad ósea confeccionados en el Servicio de radiodiagnóstico del Hospital Materno-Insular-folios 19 a 30-, el atestado instruido efectivos de la Guardia Civil obrante a los folios 72 a 76, las diligencias de reconocimiento en rueda practicadas en el Juzgado de Instrucción (folios 34 y 35), así como, finalmente, el acta que documenta la prueba testifical preconstituida -folios 52 a 54-, a la sazón documentada mediante sistema de videgrabación cuya copia obra al folio 51 de las actuaciones, habiendo sido ratificados sendos atestados en el plenario por los respectivos agentes intervinientes, así como habiéndose procedido a la reproducción en el plenario de la grabación de la prueba testifical preconstituida.

Efectivamente, como pruebas que llevan a la narración de hechos probados, se dispone, en primer término, de la declaración testifical preconstituida en el Juzgado de Instrucción de los testigos Victorino Hipolito , Hipolito Victorino y Santiago Franco , practicada en los términos del artículo 777.2 LECRIM.

En este sentido, en relación al valor que se puede dar a las diligencias testificales habidas durante la precedente instrucción, en la Sentencia de esta misma Sala, de fecha 11 de febrero de 2008, pusimos de manifiesto que:

"En relación con la valoración de la declaración de un testigo como prueba de cargo, no mediante su efectiva presencia en el juicio oral, sino a través de la lectura en el plenario de su previa declaración sumarial conforme al art. 730 de la LECRIM, el Tribunal Supremo ha ido conformando un importante cuerpo de doctrina que podemos exponer y sintetizar en los siguientes puntos (SSTS 1.080/2006, de 2 de noviembre; 1.004/2005, de 4 de julio; 197/2005, de 15 de febrero):

1º.- Las únicas pruebas de cargo que pueden ser valoradas son las practicadas en el juicio oral bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción, mientras que las diligencias practicadas en la fase de instrucción son solamente medios de investigación que permiten preparar la decisión sobre la apertura del juicio oral e identificar y asegurar los medios de prueba. Esta regla general admite, sin embargo, excepciones, que han de ser interpretadas restrictivamente. Pues no puede negarse todo valor probatorio, y en todo caso, a las diligencias sumariales.

2º.- En lo que se refiere a las declaraciones testificales, los artículos 714 y 730 de la LECrim (LEG 18826) permiten incorporar al plenario el resultado de diligencias sumariales cuando se aprecie contradicción entre lo declarado ante el Juez y lo declarado en el juicio oral o cuando resulte imposible o de extrema dificultad la presencia del testigo en el acto del juicio. Bien entendido que como expresa rotundamente la STC 206/2003 (RTC 200306), «debemos recordar aquí, como ya hiciéramos en la STC 51/1995, de 23 de febrero (RTC 19951), F. 5, que los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 LECrim (LEG 18826) "se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el período procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto que declara concluida la instrucción, y no en la fase preprocesal, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía"». Solo, pues, las diligencias del sumario propiamente dicho y siempre que se hayan practicado de forma inobjetable en función de las garantías exigibles.

3º.- Las garantías que han de reunir tales previas declaraciones sumariales vendrán dadas por la concurrencia de una serie de requisitos:

- Primero, que se practiquen ante el Juez Instructor;

- Segundo, que se practiquen en presencia de todas las partes, garantizando así la efectiva contradicción, bien entendido que este principio, consustancial al derecho de defensa, no se satisface únicamente con la real presencia de los Letrados de las partes, sino que también se ha de entender preservada dicha garantía en cuanto los mismos tuvieron ocasión de estar presente, aunque no lo aprovecharan, o (supuesto de la STS 869/2004, de 2 de julio), cuando conocida en fase de instrucción el contenido de dicha declaración, se aquietan con la misma sin interesar ampliación o aclaración con su presencia (en parecidos términos, STS



453/2000, de 14 de marzo). En relación con esta cuestión, la STS 1.080/2006, de 2 de noviembre, con cita de jurisprudencia constitucional y europea, nos indica que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido en la STEDH de 14 diciembre 1999 (TEDH 19996), Caso A.M. contra Italia, que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio, y que, aunque tal principio tiene excepciones, «sólo podrían ser aceptadas con la salvaguarda de los derechos de la defensa; por regla general, los apartados 1 y 3 d) del artículo 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y hacer interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (Sentencias Van Mechelen [TEDH 19975] y otros, citada, pg. 711, ap. 51 y Lüdi contra Suiza de 15 junio 1992 [TEDH 1992], serie A núm. 238, pg. 21, ap. 49). En concreto, los derechos de la defensa están limitados por las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o en una manera determinante, en las declaraciones de un testigo que ni en la fase de la instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (ver las Sentencias Van Mechelen y otros citada, pg. 712, ap. 55; Saïdi [TEDH 19938] contra Francia de 20 septiembre 1993, serie A núm. 261-C, pgs. 56-57, aps. 43-44; Unterpertinger contra Austria de 24 noviembre 1986 [TEDH 19864], serie A núm. 110, pgs. 14-15, aps. 31-33)». Y más recientemente, ha señalado (STEDH de 27 de febrero de 2001 [TEDH 20016], caso Lucà, § 40), que «los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario»

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en el mismo sentido, atribuyendo al principio de contradicción el carácter de regla esencial del desarrollo del proceso (STC 155/2002, de 22 de julio [RTC 200255]), reconociendo la necesaria vigencia del derecho del acusado a su efectividad, si bien ha precisado que «conforme a las exigencias dimanantes del art. 24.2 CE (RCL 1978836), interpretado conforme al art. 6.3 d) CEDH (RCL 1979421), el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso Unterpertinger c. Austria, § 31; de 20 de noviembre de 1989 [TEDH 19891], caso Kostovsky c. Holanda, § 41; de 27 de septiembre de 1990 [TEDH 19901], caso Windisch c. Austria, § 26; de 19 de febrero de 1991 [TEDH 19913], caso Isgro c. Italia, § 34; de 20 de septiembre de 1993, caso Saï di c. Francia, § 43; y la más reciente, de 27 de febrero de 2001, caso Luca c. Italia, § 40). (STC núm. 57/2002, de 11 de marzo [RTC 20027]).

No obstante, en alguna ocasión ha precisado que «el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable» (STC 187/2003, de 27 de octubre [RTC 200387], F. 4). En este sentido, la exigencia de contradicción en la práctica de la declaración sumarial del testigo para posibilitar la lectura válida de la misma conforme al artículo 730 de la LECrim, se hace depender en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de que en aquel momento tal contradicción fuera factible (STC 94/2002 [RTC 20024] y STC 148/2005 [RTC 200548], entre otras).

- En tercer lugar, es necesario que la presencia del testigo en el juicio oral para ser interrogado directamente no sea posible. Como supuestos generadores de esa imposibilidad la jurisprudencia, interpretando el artículo 730 de la Ley Procesal, refiere el del testigo fallecido, el de imposible localización al hallarse en ignorado paradero y el del testigo que se encuentra en el extranjero cuando pese a la vigencia de los Tratados Internacionales, su comparecencia en el juicio no pueda realizarse. En el segundo y tercer caso, debe quedar acreditada la realización por el Tribunal de las gestiones necesarias, dentro de límites razonables, para contar con la presencia del testigo.

- En cuarto lugar, es preciso que las diligencias sumariales sean incorporadas al plenario en condiciones tales que la defensa pueda someterlas a contradicción. Cuando se trata de prueba testifical es claro que se produce solamente una contradicción limitada mediante su lectura y la realización de otras pruebas, así como a través de las argumentaciones de las partes, pues no puede consistir en el interrogatorio del testigo ausente. Pero esa deficiencia se supera si se tiene en cuenta que en la fase sumarial ya tuvo la oportunidad de interrogar.

4º.- Por último, debe significarse que existe una sutil diferencia entre la prueba anticipada así practicada por concurrir alguno de los supuestos del art. 448 de la LECRIM, y a cuyas formalidades debe someterse su realización para que reúna dicho carácter, y las declaraciones testificales practicadas como diligencias sumariales, y de las que luego se pretende, ante la imposibilidad acreditada de practicarse en el plenario, su incorporación mediante lectura conforme al art. 730 de la LECRIM. Ambas se asemejan en cuanto su consideración de prueba está sujeta a su incorporación al plenario mediante su lectura conforme al art. 730,



y que se haya garantizado en su práctica la debida contradicción. Más en la anticipada, la imposibilidad o dificultad de hacer comparecer a juicio al testigo ya es conocida desde la fase de instrucción, y de ahí que a diferencia del otro supuesto, se eleva a condición de validez la inexcusable presencia del abogado defensor. Tal diferencia se proyecta en cuanto, de persistir en el momento de la celebración del juicio las circunstancias que determinaron que se practicara la declaración como prueba anticipada, dicha diligencia debe considerarse hábil y suficiente para ser valorada como prueba de cargo, sin que sea preciso del Tribunal de enjuiciamiento una actividad tendente a lograr la comparecencia personal del testigo. Dicho de otro modo, tratándose de testigos-turistas con domicilio accidental (precisamente por razón de vacaciones) en territorio español, salvo que durante el desarrollo del procedimiento y antes de su enjuiciamiento, den un domicilio en España que permita su citación a juicio, debe entenderse que subsisten las razones que motivaron en su día la declaración anticipada, no siendo admisible, pues de lo contrario iría en perjuicio de la propia administración de justicia y del ius puniendi del Estado, retrasar innecesariamente el juicio dependiendo de una comisión rogatoria de incierto resultado, máxime en cuanto las Autoridades Judiciales españolas carecerían de poder coactivo para hacer comparecer al testigo, lo que no acontece respecto de los residentes en España.

Por tal motivo, la declaración testifical practicada conforme a las exigencias del art. 448, debe admitirse como válida sin necesidad de agotar todas las posibilidades de hacer comparecer al testigo personalmente al juicio, presupuesto que sí se exige para todas aquéllas otras declaraciones que se practiquen durante la fase de instrucción, en que resulta imprescindible acreditar que el testigo ha fallecido, que se encuentra en ignorado paradero, o que se ha ausentado a países extranjeros respecto de los que resulta materialmente imposible, por no existir Tratados en la materia, conseguir su citación (en tal sentido tenemos la STS 1.033/2004, de 22 de septiembre). Es más, el Tribunal Supremo parece llegar más lejos, al admitir incluso como prueba esas declaraciones sumariales que aunque no se llevasen a cabo formalmente con arreglo al art. 448, hagan referencia a testigos que residan en el extranjero, aun cuando lo sean en países que, en virtud de Tratados Internacionales, sea factible, al menos, citarlos a juicio. Así, señala la STS 1.034/2005, de 14 de septiembre, que ello también es predicable en el caso en el que el testigo resida en el extranjero, habida cuenta de las importantes dificultades que ello comporta para obligarlo a declarar ante un tribunal español, pese a los acuerdos internacionales (Estrasburgo de 1959 [RCL 1982423] y Schengen [RCL 1994000]) existentes al respecto, de modo que por tales dificultades estos supuestos han de equipararse a los casos de imposibilidad de reproducción de la prueba en el juicio oral previstos en el art. 730 LECrim que permite la lectura en el plenario a instancia de cualquiera de las partes de las diligencias practicadas en el sumario, que por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pudieron ser reproducidas en el juicio oral. Y es que, como nos dice más adelante nuestro Alto Tribunal, la ausencia de facultades coactivas del tribunal español sobre la testigo residente en el territorio extranjero, no hubiera producido sino una inútil dilación del procedimiento. Otra cosa es la valoración de la prueba así practicada, más ya no estaríamos ante un presupuesto de su validez sino de su eficacia en orden a desvirtuar la presunción de inocencia, en cuanto no cabe obviar que, aún siendo válida, dicha prueba no se ha practicado ante el Juez que juzga, esto es, se ha respetado la garantía de la contradicción pero no el principio de inmediación. Desde esta perspectiva, resulta obvio que la valoración de dicha prueba debe sostenerse en parámetros distintos a los de su consistencia o rotundidad, elementos propios de una inmediación que se carece, lo que exige el análisis de las circunstancias que confluyan en dicha declaración, unida a las manifestaciones propias del acusado, que determinen que aquélla sea creíble y no ésta. Por tal motivo, sino se da ese esfuerzo valorativo, no apreciándose otras circunstancias distintas a la mera afirmación de hechos, debía prevalecer el pronunciamiento absolutorio."

Razonamientos que son reproducidos en la Sentencia de esta Sala de fecha 29 de abril de 2009, que además completa su exposición significando ".La más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue manteniendo esta diferencia, y así se nos indica en la STS 192/2009, de 24 de febrero, que "1.- En nuestro ordenamiento procesal por regla general los medios de prueba con validez o idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia son los que se practican en el Juicio Oral, bajo los principios de inmediación ante el mismo Tribunal que ha de juzgar, de contradicción de las partes del proceso, y de publicidad. La prueba testifical por ello debe practicarse también, salvo casos excepcionales a que luego se aludirá, ante la presencia del Tribunal sentenciador, y así el art. 702 de la LECr precisa que quienes están obligados a declarar "lo harán concurriendo ante el Tribunal". Y el art. 446 alude en igual sentido a la obligación que el testigo que declaró en el sumario tiene de "comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello".

Se ha dicho con razón que la verdadera fuerza o valor probatorio de la prueba testifical descansa en el hecho de que se produzca ante la presencia inmediata del Tribunal, pues la inmediación tiene indudable influencia en la debida valoración del testimonio a la hora de conformar el convencimiento judicial.

2. - Solo excepcionalmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando se dan razones de imposibilidad del testigo, permite prescindir de su personal comparecencia en el propio Juicio Oral, sustituyéndola por



soluciones en que reproduce una mayor o menor observancia, según los casos, de la intermediación ante el Tribunal juzgador:

A) Así sucede, observándose la intermediación, con la llamada prueba anticipada en sentido propio. Se admite en el procedimiento ordinario por el art. 657 punto tercero, que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen "desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión". Norma que en el Procedimiento Abreviado tiene su correspondencia en los arts. 781-1 punto tercero, y 784-2, que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar "la práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral". En todos estos supuestos la excepcionalidad radica en la anticipación de la práctica probatoria a un momento anterior al comienzo de la vista del Juicio Oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de la prueba, sometida a los mismos principios de publicidad, contradicción e intermediación ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada(art. 785-1 de la LECr).

B) Un segundo supuesto diferente es el denominado por algunos como " prueba preconstituida" por diferenciación con el primero en cuanto ya en este segundo la prueba no se practica como aquél ante el tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción; y denominado por otros como prueba " anticipada en sentido impropio", por esta misma razón, unida a la necesidad de reservar el término de " prueba preconstituída" a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza, y cuya práctica, como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias, es forzosamente única e irrepetible. Se llame de una o de otra manera, este segundo supuesto es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba , sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio Oral. Estos supuestos se rigen en el procedimiento abreviado, por el art. 777 de la LECr, disponiendo que cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes". Como ante el Juez de Instrucción no se satisface la intermediación, el precepto garantiza al menos una cierta intermediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el Instructor se documente "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o bien -previendo quizá la secular falta de medios- por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes. En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr cuyas exigencias son: a) En cuanto al presupuesto, que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo, al hacerle la prevención referida en el art. 446acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste: "la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península";b) en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio "para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo"; que se le examine "a presencia del procesado" y de su Abogado defensor -a salvo el supuesto del art. 449- y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieren asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; c) en cuanto a su introducción en el Juicio Oral, que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba preconstituida o anticipada, exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de intermediación, publicidad y contradicción. Así lo evidencia que lo exija el art. 777en el procedimiento abreviado sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, referido como está a delitos de mayor gravedad y d) que además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario, para comparecer al Juicio Oral, legitimadora de su anticipada práctica en aquella fase procesal, subsista después de ella, puesto que si por cualquier razón le fuera posible luego al testigo acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse de su testimonio en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada según el art. 448en la fase sumarial.

C) El tercer supuesto lo regula el art. 730 de la LECr que cubre los casos en que no siendo posible como en los anteriores prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, la imposibilidad, a diferencia de ellos, se debe a factores sobrevenidos e imprevisibles. En ese ámbito dispone el art. 730 de la LECr que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causa independiente de la voluntad de aquéllas no puedan ser reproducidas en el Juicio Oral.

Esta posibilidad probatoria excepcional, conforme con la Constitución Española (SSTC 25 febrero 1991 y 8 de noviembre de 1993), no puede extenderse más allá de lo que autoriza su misma excepcionalidad. Por tanto: a) es imprescindible que sobrevenga una verdadera imposibilidad que conduzca a la irreproducibilidad en juicio de la prueba. Así sucede en los casos de testigo fallecido o con enfermedad grave y en los casos de testigos en ignorado paradero o ilocalizables. En el caso de testigos en el extranjero su falta de obligación



de comparecer (art. 410 LECr) no equivale a la imposibilidad de la misma, porque ni impide su citación a través de las normas sobre asistencia recíproca internacional en el ámbito penal, ni impide su declaración en el extranjero a través del auxilio judicial. Sólo si no se conoce el paradero del testigo residente en el extranjero o si, citado, no comparece, o si su citación se demora excesivamente, pudiendo producir dilaciones indebidas, cabe utilizar el excepcional mecanismo del art. 730 de la LECr. La doctrina mayoritaria de esta Sala no justifica la aplicación directa del art. 730 de la LECr, a partir del mero dato de la residencia del testigo en el extranjero, exigiendo el previo fracaso de su citación intentada o de su declaración en el país de residencia. En tal sentido las Sentencias de 26 marzo de 1995, 25 mayo de 1996, 27 diciembre de 1999, entre otras muchas; y b) : cuando proceda la aplicación del art. 730 es inexcusable la lectura en Juicio Oral de la diligencia sumarial. Este es un requisito ineludible que no se satisface con dar por reproducida la declaración sumarial, en ningún caso. Esta técnica de dar su lectura por reproducida, aplicable a la prueba documental propiamente dicha no es extensible al testimonio sumarial porque el sumario no es propiamente prueba documental sino la forense documentación de las diligencias actuadas en averiguación del delito. Rechazada esa incorrecta práctica por inconstitucional (SSTC 150/1987, de 1 de octubre; 140/1991 de 20 de junio; 153/1997 de 29 de septiembre) la necesidad de efectiva lectura descansa en la precisión de que el Tribunal sentenciador tenga conocimiento formal, ante las partes y en público, del contenido de la declaración. Sólo con la lectura se satisface el principio de inmediación de esa prueba y el principio de oralidad y el de publicidad, de modo que actúa como presupuesto condicionante de su validez como prueba de cargo. Por lo tanto la lectura debe hacerse a petición de la parte que propone la prueba, sin que proceda hacerlo de oficio, y hacerse de modo efectivo leyendo realmente ante el Tribunal, ante las partes, y en público el contenido de esa declaración, sin la cual carece de valor como prueba de cargo."

Ahondando en esta cuestión, la STS 186/2009, de 27 de febrero, contempla esta dualidad exigiendo lo necesario para hacer comparecer al testigo incluso mediante comisión rogatoria cuando se trata de una imposibilidad sobrevenida, distinguiéndolo de la prueba anticipada, al señalar que "La jurisprudencia de esta Sala (Cfr. SSTs de 22-2-99; 6-11-2008, nº 673/2008) recoge esta doctrina al señalar que "no obstante, hay supuestos en los que es evidente la vigencia de 730 L.E.Crim., aquellos en los que, por causas independientes a la voluntad de las partes, la prueba no puede reproducirse en el juicio oral. La jurisprudencia ha señalado como situaciones generadoras de la excepcionalidad, las del testigo fallecido, la del testigo en ignorado paradero y la del testigo en el extranjero, cuando pese a la vigencia de los tratados Internacionales, su comparecencia no puede practicarse en el juicio oral. En estos supuestos excepcionales, las declaraciones del procedimiento deberán ser leídas en el juicio oral y son susceptibles de ser valoradas como actividad probatoria".

Además de ello, cabe recordar que existen supuestos en los específicamente se admite la prueba testifical como anticipada. Así, el art. 448 de la LECr., dentro de las normas generales sobre la comprobación del delito y averiguación del delincuente, prevé la recepción de la declaración del testigo por el instructor, en previsión de su imposibilidad de concurrir al juicio oral, a presencia del procesado y de su abogado defensor, y del fiscal y del querellante, permitiendo a estos hacer las repreguntas que fueren pertinentes. Y, por su parte, dentro de las normas reguladoras del Procedimiento Abreviado, el art. 777.2 también contempla la posibilidad de que cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera provocar sus suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la reproducción y grabación del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el secretario judicial, con expresión de los intervinientes."

Las SsTS 225/2009, de 2 de marzo; y 238/2009, de 6 de marzo, llegan más lejos al considerar inexcusable para poder valorar como prueba de cargo la declaración de un testigo en fase sumarial que previsiblemente no iba a estar a disposición del órgano de enjuiciamiento, la presencia del acusado a fin de garantizar la debida contradicción, provocando una especie de asimilación de tales supuestos a la prevista en los arts. 448 y 777.2, de manera que no basta la mera presencia del Letrado de la defensa. Y así, indica la primera sentencia citada que "Contradecir" es oponer algo a lo afirmado por otro; y en, en términos procesales, "contradictorio" es el proceso en el que se reconoce a las partes el derecho de interlocución actual en condiciones de igualdad sobre los temas objeto de la decisión. Por tanto, en rigor, sólo aquél en el que se brinda la posibilidad real de efectuar un control intersubjetivo de presente de las afirmaciones probatorias y de las distintas alegaciones, a quienes puedan resultar afectados por ellas.

En el sentido indicado, el principio de contradicción es una implicación del derecho de defensa, pero tiene además reconocido valor epistémico o de método, ya que, en virtud de una experiencia universal, se sabe que el controversial y dialógico es el más adecuado para decidir sobre la verdad de los enunciados; pues, dicho de forma coloquial, es notorio y está generalmente aceptado que "de la discusión sale la luz".



Tal es la razón por la que en el art. 6.3d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se reconoce a todo acusado "el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él". Y en términos equivalentes se pronuncia el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En aplicación de este precepto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto que es preciso "conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para oponerse a un testimonio en su contra e interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde" (sentencia de 14 de diciembre de 1999 (caso A. M. contra Italia); y también, entre otras, la de 20 de septiembre de 1993 (caso Saïdi contra Francia) y la de 19 de diciembre de 1990 (caso Delta contra Francia). El Tribunal Constitucional mantiene idéntica posición en la materia, haciéndose eco, precisamente, de la misma doctrina. Y esta sala ha hecho hincapié en la efectividad del derecho a interrogar a los testigos de cargo como "esencia del derecho de contradicción, cuyo ejercicio se violenta cuando el acusado no tiene [esa] oportunidad"; de manera que "ni siquiera a las declaraciones inculpativas realizadas por el testigo ante el juez de instrucción puede otorgárseles eficacia probatoria cuando se traen al plenario por la vía de su lectura que prevé el art. 730 Lecrim, si en aquella diligencia judicial la defensa del acusado no ha tenido ocasión de contradecir esas manifestaciones interrogando al testigo" (sentencias nº 1577/1998, de 11 de diciembre y 1441/2002, de 9 de septiembre, entre otras).

Es claro que el derecho de referencia sólo se satisface mediante el reconocimiento de la aludida posibilidad real de interlocución directa del acusado y su defensa con el testigo que le inculpe en los momentos del trámite en que éste fuera interrogado, y, esencialmente, en el acto del juicio. Aunque también es cierto que el cumplimiento de esta regla puede estar sujeto a imponderables que constituyan un obstáculo insalvable, y para tales supuestos existen previsiones como las de los arts. 448 y 777 Lecrim. Pero que, adviértase, en un caso reclama concurrencia del procesado y su abogado y en el otro el aseguramiento de la posibilidad de contradicción de las partes.

En el caso a examen, a pesar de que las denunciadas eran extranjeras en situación irregular y de que, por ello, cabía inferir fácilmente una seria dificultad de asegurar su presencia en el acto del juicio, no se hizo uso de la opción consagrada en esos preceptos -que podría muy bien haberse dado- de manera que, realmente, en ningún momento de la causa ha llegado a darse la posibilidad de efectiva contradicción de los acusados, ahora condenados, con los testigos de cargo.

A tenor de lo que expresivamente se razona en la STS 192/2009, de 12 de febrero, el dato de la nacionalidad y las circunstancias de las denunciadas de esta causa prefiguraba un supuesto paradigmático de preconstitución de prueba, en el que tendría que haberse procedido necesariamente conforme al art. 777,2º Lecrim; al ser perfectamente previsible la eventualidad de la falta de localización y consiguiente imposibilidad de asistencia al juicio. Que es lo que hace que tal ausencia -como también se explica en la misma sentencia que acaba de citarse- no pueda atribuirse a un factor de los que habilitan para acudir al expediente del art. 730 Lecrim, pues no se trató de la emergencia de un verdadero imponderable, sino, simplemente, de la concurrencia de un supuesto con el que, en términos de experiencia corriente, podría y tendría que haberse contado, y, por pura imprevisión indisculpable, no se contó.".

Así mismo, la STS de fecha 10 de marzo de 2009, nos recuerda ".se hace preciso en primer lugar establecer en este Fundamento tercero, el marco jurídico general de las pruebas anticipadas, llamadas también a veces preconstituidas, para dentro de ese marco situar luego en los Fundamentos Cuarto, Quinto y Sexto las argumentaciones impugnatorias del recurrente y a partir de ellas concretar las exigencias legales del marco general a fin de decidir la estimación o no del motivo primero que examinamos.

1.- En nuestro ordenamiento procesal, como recientemente ha recordado una vez más esta Sala en su sentencia 129/2007 de 24 de febrero, por regla general los medios de prueba con validez e idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia son los que se practican en el Juicio Oral bajo los principios de inmediación ante el mismo Tribunal que ha de juzgar; de contradicción entre las partes del proceso; y de publicidad. También la prueba testifical debe en principio practicarse así, salvo los casos excepcionales que luego se dirán, es decir ante la presencia del Tribunal sentenciador. En este sentido el art. 702 de la LECr dispone que quienes están obligados a declarar "lo harán concurriendo ante el Tribunal". Y el art. 446 de la LECr, establece la obligación que el testigo que declaró en el sumario tiene de "comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello".

Se ha dicho con razón que la verdadera fuerza o valor probatorio de la prueba testifical descansa en el hecho de que se produzca ante la presencia inmediata del Tribunal, pues la inmediación tiene indudable influencia en la debida valoración del testimonio a la hora de conformar el convencimiento judicial.

2.- Excepcionalmente, sin embargo, cuando se dan razones de imposibilidad del testigo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite prescindir de su personal comparecencia en el propio Juicio Oral,



sustituyéndola por otras soluciones. En ellas existen diferencias por su mayor o menor observancia de los principios que presiden la práctica de la prueba y especialmente del principio de inmediación ante el Tribunal juzgador:

A) Así sucede, salvándose plenamente la inmediación, con la llamada "prueba anticipada en sentido propio". Se admite en el Procedimiento Ordinario por el art. 657 apartado tercero, que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen "desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión". Norma que tiene en el Procedimiento Abreviado su correspondencia en los arts 781-1 apartado tercero y 784-2, que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar "la práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral". En uno y otro procedimiento la excepcionalidad se limita a la anticipación de la práctica probatoria que se desarrolla en un momento anterior al comienzo del juicio oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de la prueba, con sometimiento a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 785-1º de la LECr).

B) Un segundo supuesto muy diferente, porque ya supone un sacrificio de la inmediación, es el denominado por algunos como "prueba preconstituida". Su diferencia con la anticipada está en que en la preconstituida la práctica de la prueba no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual la inmediación desaparece al menos como inmediación espacio temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje. A veces se le denomina prueba "anticipada en sentido impropio" para reservar el término de "preconstituida" a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica -como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias -es forzosamente única e irrepetible. Se llame de una o de otra forma este supuesto es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio Oral. Estos supuestos se dan en el procedimiento abreviado y en el ordinario:1) En el abreviado se rigen por lo dispuesto en el art. 777 de la LECr según el cual "cuando por razón de lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral o pudiera motivar su suspensión, el Juez de instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes". Como es obvio que ante el Juez de Instrucción no se satisface debidamente la inmediación, el precepto busca garantizar al menos una inmediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el instructor se documente "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, o bien- previendo quizás la secular falta de medios de la Justicia española- por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes; 2) En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr cuyas exigencias son: a) en cuanto al presupuesto condicionante: que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península; b) en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo; que se le examine "a presencia del procesado" y de su Abogado defensor- salvo el supuesto del art. 449- y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieran asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; y que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes ;c) en cuanto a su introducción en el Juicio Oral: que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba, preconstituida o anticipada; exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad, y contradicción. Así lo evidencia además que lo exija el art. 777 en el Procedimiento Abreviado, sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, cuando está referido a delitos de mayor gravedad; y d) que además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario para comparecer al Juicio Oral, legitimante de su práctica anticipada ante el Juez de Instrucción, subsista después, puesto que si por cualquier razón desapareciera luego la imposibilidad de acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse del testimonio directo en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada al amparo del art. 448 de la LECr.

C) El tercer supuesto lo regula el art. 730 de la LECr que cubre los casos en que no siendo tampoco posible, como en los anteriores, prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, sin embargo, a diferencia de ellos, la imposibilidad procede de factores sobrevenidos e imprevisibles. En ese ámbito el art. 730 de la LECr dispone que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causa independiente de la voluntad de aquéllas no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral.



La segunda razón alegada por el recurrente es que tampoco en esa prueba preconstituida se cumplió el requisito de la garantía de la contradicción, que exige no solo la presencia del letrado defensor sino también la del inculpado, cuando el testimonio se practica, es decir cuando tiene lugar.

Invoca para ello el recurrente lo dispuesto en tal sentido por el art. 448 de la LECr. Sin embargo ese precepto que en efecto contiene la exigencia de la presencia del inculpado en la prueba preconstituida, pertenece al procedimiento ordinario. La norma específica de aplicación en el presente caso es la del art. 777 de la LECr. por tratarse, en el momento de practicarse la exploración, de un Procedimiento Abreviado. El art. 777 exige que en la prueba practicada en la fase instructora el Juez asegure "en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes", pero no establece para ello la necesidad de presencia del imputado.

En todo caso la doctrina de esta Sala no estima que sea la ausencia del imputado invalidante de la prueba cuando estando presente su letrado tiene éste la oportunidad de intervenir en la práctica de la diligencia. En este sentido la Sentencia 1177/2005 de 19 de octubre señala que la omisión formal de la presencia del inculpado, estando presente su letrado y el Ministerio Fiscal no produce indefensión cuando el testigo es un menor de edad pues no es imaginable que le permitieran a aquél hacerle preguntas de forma directa, tras la modificación del art. 448 con el añadido de su párrafo último, entendiéndose que para asegurar la contradicción exigida para la validez de la exploración como prueba anticipada es suficiente la presencia en el acto de los abogados de los acusados. Por su parte la Sentencia de 16 de enero de 2008 declara que "no hay razones objetivas que permitan afirmar que siempre y en todo caso, la ausencia del procesado, hallándose presente su Abogado defensor, implique la quiebra de esa contradicción. No existen argumentos que permitan avalar la tesis de que la presencia del procesado, como impone la corrección procesal, se convierta en un presupuesto de validez de la práctica de esa diligencia. No es eso -añade la Sentencia citada- lo que parece desprenderse por ejemplo del art. 777.2 de la LECr que, en el ámbito del procedimiento abreviado, en los mismos supuestos, sin mención alguna a esa presencia, impone al Juez de Instrucción el deber de practicar inmediatamente la prueba asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes". Criterio que ya mantuvo esta Sala incluso antes de la reforma que introdujo la norma del actual art. 777.2 por Ley 38/2002 de 24 de octubre: así la Sentencia 263/1998 de 5 de octubre, con relación al art. 448 declaró que la no presencia del acusado mismo en el acto de los interrogatorios no es defecto procesal determinante de la nulidad cuando no se omiten los requisitos condicionantes del fin del acto procesal, ni se produce indefensión, si intervino el Abogado del imputado porque pudo preparar los interrogatorios escuchando previamente la versión de su patrocinado.

En definitiva en este caso la prueba preconstituida se hizo a presencia del Juez de Instrucción, asistido del Secretario Judicial, y con la presencia del Ministerio Fiscal y del letrado del imputado, en la fase instructora del procedimiento abreviado, quedando por ello cumplida la exigencia del principio de contradicción establecida por el art. 777.2 de la LECr. En consecuencia el principio de contradicción fue perfectamente observado en este caso."

Inciendo la STS de fecha 30 de junio de 2009, en la diferencia existente entre el artículo 448 y el artículo 777 2º de la LECRIM, al poner de manifiesto que ".En este motivo el recurrente denuncia de manera generalizada afirmación fáctica que fundamenta su imputación, pero, no por la imprecisión de su enunciado ni cuestionando medios probatorios, sino afirmando que aquella declaración ha sido formalizada vulnerando las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

La vulneración vendría de la toma en consideración del testimonio del inmigrante Sr. Luis Miguel que no declaró en juicio oral y, en la fase de instrucción lo hizo sin la presencia del recurrente, estimando que, de tal suerte, se vulneró el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2.- El error del recurrente es evidente. Admite que la diligencia de declaración testifical fue practicada de manera "anticipada" y no discute que con presencia de los letrados que lo son de todos los acusados. La diligencia se refleja en acta que expresamente advierte que se efectúa con la calidad de lo que denomina "prueba preconstituida".

El error consiste en invocar el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando el procedimiento seguido es el de diligencias previas que contiene regulación específica en el artículo 777 de la misma Ley. Este precepto exige que sea posible la contradicción, pero no la presencia física del imputado.

Que aquella contradicción fue posible, y efectiva, lo evidencia el acta que la documenta donde constan las preguntas de las defensas Letradas de los imputados."

Finalmente, en íntima relación con lo anterior, respecto al valor de las declaraciones prestadas por testigos en sede policial, la STS de fecha 27 de diciembre de 2006, pone de manifiesto ".hay que reconocer que la declaración prestada bajo tortura supone desde luego, prueba obtenida violentando derechos fundamentales y como tal inadmisibles y radicalmente nula. La voluntariedad de la declaración constituye el principal



presupuesto de validez de la confesión y la presencia de abogado (art. 17 CE. y 520 LECrim.), es una garantía instrumental al servicio del derecho del imputado a no ser sometido a coacción (art. 15 CE.), y en suma a que se respete su derecho a la defensa (art. 24.2 CE.). Por tanto, solo cuando pueda afirmarse, con total seguridad, que la declaración ha sido prestada libre y voluntariamente ésta puede hacer prueba contra su autor.

Ahora bien, el mismo carácter delictivo de tales hechos debió dar lugar a la oportuna actuación de la parte que permitiera la investigación y depuración judicial de los mismos, omisión de la parte que no puede ser subsanada en vía casacional, sin oportunidad de un pronunciamiento previo de los Tribunales ordinarios competentes, y cuando resulta ya prácticamente imposible algún tipo de evidencia. Así sucedió en el presente caso en el que la presencia de letrado junto a la omisión de actuación alguna respecto de los malos tratos presuntamente sufridos ante los órganos jurisdicciones competentes para conocer de ellos, impide su apreciación por este Tribunal y en esta Sede, máxime cuando no existen datos ni siquiera indicios, fuera de las propias declaraciones del interesado, sobre la existencia de condiciones antijurídicas en los que se produjeron aquellas declaraciones de Felipe ante la Guardia Civil.

(.) la STC. 51/95 de 23 de febrero, sostuvo las declaraciones prestadas por un coimputado en dependencias policiales no ratificadas sino desmentidas en presencia judicial no podían ser consideradas prueba de cargo, por no cumplir las condiciones del art. 714 LECrim., que se refiere exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en fase instructora propiamente dicha y no ostentar eficacia probatoria anticipada o preconstituida alguna "Para que tal declaración hubiera podido incorporarse al juicio oral, adquiriendo así el valor de prueba de cargo, hubiera sido imprescindible, bien que el coimputado se ratificara en ella ante el Juez de Instrucción -posibilitando así la utilización del cauce previsto en el art. 714 LECrim.- bien que los funcionarios de policía ante quienes se prestó el citado testimonio declarasen como testigos en el acto del juicio oral, con la observancia de los principios de contradicción e intermediación". Posibilidad que ha sido reafirmada en el muy reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 28.11.2006, que adoptó el siguiente acuerdo: "Las declaraciones prestadas válidamente ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia".

Bien entendido que la contradicción entre las declaraciones policiales y las posteriores en fase instructora y en el juicio oral, no constituye -como se ha señalado en las SSTC. 82/98, 161/90 y 80/91, sino un elemento de juicio que el Tribunal Penal puede ponderar en conciencia, en relación con los restantes motivos de prueba y en el ejercicio, en fin, de la facultad de valoración de la misma que a la jurisdicción ordinaria corresponde.

No se trata, por tanto de que la única prueba de cargo practicada en el proceso no integre por las declaraciones policiales, sino de que el Tribunal pueda valorar en conciencia un conjunto de pruebas sobre las que sin duda se encuentran las declaraciones en el acto del juicio, así como la reproducción en dicho acto de las anteriores declaraciones prestadas por los mismos sujetos en las dependencias policiales, y apreciar y valorar con intermediación la rectificación que respecto en las primeras, se verificó en las segundas. Ello no significa tampoco, por decirlo en los términos que se recogen en la STC. 217/89 que "...la condena se base en el interrogatorio policial, sino que lo declarado en el juicio oral y en las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las debidas garantías y formalidades, sometidas a contradicción en la vista oral, permitió al Juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras".

En similar dirección la sentencia de esta Sala Segunda nº 179/2006 de 14.2 que tras recordar que la doctrina de esta Sala en un plano más garantista no incluye a los efectos del art. 714 LECrim. entre las diligencias declaratorias del sumario a la evacuada ante la policía, "admite que la atracción al plenario de lo declarado ante la policía se produciría: 1) porque en la declaración judicial evacuada en fase de investigación, la práctica diaria del foro nos enseña que el Juez instructor al tomar declaración, si el testigo también declaró ante la fuerza policial, se remita para su ratificación (o en su caso rectificación) a lo depuesto previamente, sin perjuicio de las preguntas complementarias que estime conveniente formular.2) porque en todo caso asistiría un derecho a la parte (derecho al uso de los medios de defensa pertinentes) a interrogar sobre el contenido y pormenores constatados en la diligencia policial, atrayendo al plenario tales declaraciones. Si se puede preguntar sobre manifestaciones o declaraciones extraprocesales, con mayor razón puede hacerse sobre las procesales emitidas conforme a ley.

Por último y para no dejar resquicio alguno sobre la posibilidad de formar convicción sobre lo depuesto ante la policía, es oportuno recordar una jurisprudencia constitucional que nos dice "si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculan a los órganos de justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, esta regla no puede ser entendida en sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales o sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral, en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción". (S.T.C. 15 de abril de 1991, nº 80).



Esta misma sentencia concluye: "Por ello, como se ha dicho en la S.T.C. 161/1990<<..... lo que resulta determinante (a efectos de otorgar eficacia probatoria a las citadas diligencias) es que se dé efectiva oportunidad a quien declare en el acto de la vista contradictoriamente con lo manifestado en la fase de investigación para que explique las diferencias>>, en este supuesto el requisito fue escrupulosamente observado, porque la Sala no se limitó a la simple reproducción genérica y formularia de lo declarado inicialmente, sino que el acta que documenta tal acto pone de manifiesto que se interrogó a cada uno de los encausados sobre el contenido concreto y detallado de las declaraciones policiales; oportunidad que éstos utilizaron negando sus manifestaciones iniciales y alegando que las referidas declaraciones fueron prestadas en su día bajo presiones y tortura". En el mismo sentido S.T.C. n.º 80 de 15 de abril de 1991; n.º 365, de 3 de octubre de 1994; n.º 155 de 22 de julio de 2002, etc".

Observamos en nuestra hipótesis que en su consideración autónoma la declaración realizada con mayores garantías ante el juez instructor era falaz, mientras que la policial de menor garantía, se ajustaba a la verdad en lo esencial.

Pero insistimos, el valor probatorio no procede de la consideración autónoma de ese testimonio inicial aunque se presuma más espontáneo y menos aleccionado, sino del que se emitió con la debida contradicción en el juicio oral, que remitió, si no por la vía del art. 714 L.E.Cr., sí con amparo en el derecho de defensa, al testimonio evacuado ante la policía en fase investigadora.

Ahora bien no podemos olvidar que incorporada al juicio oral aquellas declaraciones precedentes deben concurrir en la sentencia que las valora unas exigencias, para comprobar, desde la perspectiva del control casacional de la presunción de inocencia, la correcta valoración de la prueba y la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia.

Así en la sentencia de 29.4.2005, decíamos; "en primer lugar, por la falta de intermediación de aquélla, la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en Juicio Oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios (SSTC. 153/97, de 29 de septiembre; 115/98, de 1 de junio; y SSTS. de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999). Es decir, la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración sumarial que la doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración frente a la declaración que, con observancia del principio de intermediación, se prestó en el Juicio Oral.

En segundo término, y como consecuencia del anterior requisito, es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral (Sentencias de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999), pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante."

SEGUNDO.- Como proyección al caso concreto de la doctrina expuesta, se ha de tener presente que la declaración sumarial de los testigos Victorino Hipolito , Hipolito Victorino y Santiago Franco se halla integrada perfectamente en el acervo probatorio, pudiendo tomarse en consideración como prueba de cargo la declaración sumarial de los mismos pues siendo previsible que no iban a estar presentes en la fecha de la Vista (toda vez que se trataba de ciudadanos de nacionalidad marroquí que se hallaban irregularmente en el territorio nacional, que fueron expulsados del Reino de España a lo largo del mes de septiembre de 2012, como es de ver del oficio policial de fecha 2 de enero de 2013), de suerte que debe entenderse que subsisten las razones que motivaron en su día la declaración anticipada, no siendo admisible, pues de lo contrario iría en perjuicio de la propia administración de justicia y del ius puniendi del Estado, retrasar innecesariamente el juicio dependiendo de una comisión rogatoria de incierto resultado, máxime en cuanto las Autoridades Judiciales españolas carecerían de poder coactivo para hacer comparecer a los testigos, lo que no acontece respecto de los residentes en España, siendo así que en orden a la práctica de tal prueba preconstituida se proveyó en la forma exigida por el artículo 777.2 de la LECRIM; esto es, practicando dichas declaraciones con la asistencia del Ministerio Fiscal y del Letrado de la defensa, así como con la presencia personal del acusado, habiéndose procedido a la reproducción en el Plenario de la grabación de las mentadas declaraciones testificales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 730 LECRIM, a instancia del Ministerio Fiscal, incorporándose igualmente de forma válida en el acervo probatorio de cargo las declaraciones efectuadas por dichos testigos en sede policial, cuyo valor probatorio no procede de la consideración autónoma de ese testimonio inicial sino del que se emitió con la debida contradicción en la diligencia de prueba testifical preconstituida, que remitió al testimonio evacuado ante la policía en fase investigadora, en cuanto los testigos se afirmaron y ratificaron en sede judicial en sus declaraciones prestadas ante la policía.



Así, el testigo Victorino Hipolito , puso de manifiesto, en apretada síntesis, que zarparon de un lugar la costa del Reino de Marruecos comprendido entre El Aiún y Boujdor, con el propósito de llegar a la Isla de Gran Canaria para entrar en territorio español; que embarcaron quince personas, incluida el acusado, en una pequeña embarcación tipo patera en la que tan sólo llevaban chaleco salvavidas él y un menor que les acompañaba en la travesía; que para embarcar en la embarcación abonó 6000 dirhams que entregó al propio acusado momentos antes de embarcar, siendo posteriormente el acusado, Sergio Urbano , con quien no tenía precedentemente ningún tipo de relación, quien manejó en todo momento la embarcación valiéndose de un aparato GPS; el acusado, a decir del testigo, del que no sabe si llegó a dormir en el decurso de la singladura, era quien patroneaba la embarcación y quien se encargaba de repostar gasolina en el motor de la patera para lo cual detuvo el motor hasta en un par de ocasiones, así como quien impartía las órdenes al resto del pasaje con la finalidad de que achicasen el agua que penetraba en la embarcación; así mismo, significó el testigo, el acusado estaba pertrechado de un machete que esgrimió contra ellos amenazándoles con matarles a ellos y a sus familiares en Marruecos si revelaban algo en relación a su participación, siendo así que cuando el helicóptero de salvamento sobrevoló la embarcación el acusado se arrojó por la borda tanto el machete como el aparato GPS, y, se escondió entre el resto del pasaje para que no lo vieran manejando la patera.

En similar sentido, el testigo Hipolito Victorino , puso de manifiesto que se embarcó en la patera junto con otras catorce personas entre las que se encontraba el acusado, habiendo abonado para ello en torno a 1200 dirhams, que entregó a un amigo suyo en Marruecos con la finalidad de que pagase el viaje, ignorando la persona concreta a la que se le habría abonado finalmente el importe de la singladura; al igual que el precedente testigo, el don Hipolito Victorino significó, así mismo, que él no llevó chaleco salvavidas en el decurso de la travesía, y, que quien patroneó en todo momento la embarcación fue el acusado, quien portaba consigo un cuchillo con el que los amenazaba para dar órdenes y conminarles a que achicasen el agua que penetraba en la embarcación, así como les amenazó, en el momento en que estaban próximos a rescatarlos, para que no revelasen su identidad por cuanto de otro modo les iba a matar en Marruecos. Finalmente, el testigo también puso de manifiesto que el acusado arrojó por la borda tanto el GPS como el cuchillo cuando se aproximaba el salvamento.

Finalmente, el testigo Santiago Franco , significó en su declaración prestada en el Juzgado de Instrucción con carácter preconstituido, en síntesis, que zarpó en la patera rescatada desde el Aiún y con destino Gran Canaria, previo pago de 5000 dirhams que le abonó al acusado durante la travesía; así mismo, al igual que los dos anteriores testigos, puso de manifiesto que la persona que en todo momento gobernó la embarcación era el acusado, para lo cual se valía de un GPS que portaba colgado del cuello, patroneando la patera a lo largo de toda la singladura impartiendo órdenes con la finalidad de que achicaran el agua que penetraba en la embarcación, así como encargándose de repostar el motor de la patera para lo cual lo apagaba; el testigo, por último, si bien hizo referencia a la existencia de un cuchillo en la embarcación, sin embargo, no supo precisar de quién era ni quien lo portaba, si bien reiteró que quien manejó la embarcación fue el acusado, quien ejecutó todas las operaciones durante la travesía.

Sentado lo anterior, la declaración de dichos testigos ofrece plena garantía de credibilidad y verosimilitud, toda vez que, primero, no consta ningún elemento de incredibilidad subjetiva que permita dudar de su aptitud probatoria por cuanto no consta la existencia de animadversión alguna entre tales testigos y el acusado, pues fuera de este hecho puntual, no ha sido alegada ni probada la existencia de circunstancias reveladoras de móviles espurios denotativos de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración de los referidos testigos haciendo dudosa su credibilidad o creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes. En efecto, desde el punto de vista de la credibilidad subjetiva de los testigos no constan factores o datos contrarios a ésta: no se detectan posibles motivos espurios de resentimiento o de venganza realmente serios procedentes de hechos distintos de los hechos enjuiciados, debiendo recordarse que la motivación bastarda, apta para tener en cuenta como criterio a la hora de valorar la suficiencia de su testimonio, ha de medirse con referencia a las relaciones, entre el testigo y el responsable del delito, existentes con anterioridad al hecho concreto que se enjuicia -- STS 1168/2001, de 15 de junio). En el caso que nos ocupa, pese a sugerir el acusado que los tres testigos se habrían puesto de acuerdo en imputarle los hechos por ser naturales de la misma localidad, es lo cierto que no hay en las actuaciones atisbo alguno de que los tres testigos se hubiesen podido conchabar con una finalidad espuria contra el acusado, no constando siquiera que fuera del encuentro habido con motivo de la singladura se conociesen con anterioridad, sin perder de vista, por lo demás, como se verá acto seguido, que dichos testigos no fueron los únicos que indicaron al acusado como el patrón de la embarcación, pues, a decir de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, todos ellos menos los tres ocupantes identificados como menores que no se encontraban en dependencias policiales, señalaron espontáneamente al acusado en dichas dependencias como la persona que patroneó en todo momento la embarcación.



En segundo lugar, las manifestaciones de los testigos han sido contestes, coherentes y suficientemente circunstanciadas, siendo persistentes todas las declaraciones prestadas a lo largo del procedimiento por los testigos Victorino Hipolito y Hipolito Victorino, con una constancia substancial, sin ninguna contradicción ni ambigüedad de carácter substancial. Las manifestaciones, según es de ver del acta y del soporte de videograbación correspondientes, fueron suficientemente concretas, con cierto detalle y sin generalizaciones. El relato dado por los testigos es internamente coherente porque no contiene en sí mismo elementos contradictorios o incompatibles entre sí. Y fue substancialmente mantenido y persistente en lo que atañe a los testigos Victorino Hipolito y Hipolito Victorino, quienes prestaron declaración tanto en sede policial como en el Juzgado de Instrucción.

Se ha de reiterar que no se aprecia en los testigos de cargo motivos espurios, hay en su testimonio persistencia en la incriminación, la cual se mantiene esencialmente idéntica en sus declaraciones sucesivas, de modo que no se aprecian contradicciones substanciales, siendo el relato dado por los testigos persistente en lo que atañe a los elementos esenciales, a su núcleo central, sin que desde luego la variación en elementos circunstanciales o en detalles secundarios prive a la declaración de los mismos de fiabilidad y crédito, debiendo tenerse presente que la persistencia ha de poder predicarse de los hechos esenciales, de suerte que las modificaciones apreciables o bien afectan a lo intrascendente, o son expresiones distintas pero no contradictorias, o no pasan de ser precisiones o matizaciones de lo mismo, en declaraciones complementarias entre sí que no invalidan la persistencia de lo manifestado. La persistencia en la incriminación es por tanto evidente, porque no hay cambios en lo sustancial ni se desdijeron nunca los referidos testigos en lo principal de su versión, debiendo reiterarse que la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatorios, no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituye un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones, como ocurre en el caso que nos ocupa.

Al respecto, la Sentencia de 5 de diciembre de 2008 del Tribunal Supremo recuerda que la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo, sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No es falta de persistencia: a) cambiar el orden de las afirmaciones cuando ello no afecta a la significación sustancial de lo narrado; b) ni modificar el vocabulario o la sintaxis, es decir la forma expresiva de lo que, con una u otra forma, sigue siendo lo mismo; c) los cambios en lo anecdótico o secundario cuando tan sólo expresan falta de certeza en lo accesorio pero no en lo principal, que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima; salvo que los cambios en lo secundario evidencien en el caso concreto tendencia a la fabulación imaginativa, de posible valor en la credibilidad subjetiva. La STS de fecha 26 de septiembre de 2006, recuerda que ".la reiteración mimética en los testimonios inculpatorios no es un signo de credibilidad, sino que puede ser todo lo contrario. La persona decidida a imputar un hecho delictivo a otra, cuanto más falsa sea la acusación, más cuidado tendrá en mantener una versión uniforme que no se vea alterada por circunstancias tan naturales como el transcurso del tiempo y su influencia sobre la percepción, cada vez más lejana, de los hechos.". En este sentido, la STS de fecha 27 de mayo de 2010, significa que ".Debe existir una persistencia en la incriminación, lo que puede ser compatible con que el relato no haya sido siempre y en todo momento idéntico milimétricamente, ya que es normal que existan modificaciones y alteraciones, lo relevante es que el núcleo central sea mantenido. En tal sentido, SSTS 1845/2000, 104/2002 de 29 de Enero, 1046/2004 de 5 de Octubre. En definitiva con este triple examen o perspectiva de la declaración de la víctima, lo que se persigue es verificar la credibilidad del testimonio, porque como acredita la psicología del testimonio, un acontecimiento del que alguien ha sido testigo, y en mayor medida, si ha sido víctima, puede sufrir una reelaboración en su mente con el paso del tiempo, y ello, partiendo de una sinceridad inicial, ya que la memoria puede sufrir cambios en el recuerdo de lo vivido y la fantasía lo ha podido transformar. Por eso, la credibilidad de un testigo –y en mayor medida, de una víctima– debe verificarse desde una doble perspectiva: a) La capacidad de transmitir la veracidad que se desprende del relato que haga la persona concernida, es decir, capacidad de transmitir veracidad y b) El grado de verdad que la narración merezca objetivamente, lo que dependerá de las fuentes de prueba del testigo.".

Y, finalmente, sus declaraciones se corroboran recíprocamente formando un relato coherente, lógico y objetivamente verosímil que, por otra parte, se encuentra periféricamente corroborado tanto por la declaración testifical de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía que depusieron en el plenario, como, en gran medida, por las propias manifestaciones prestadas por el acusado en el acto del Juicio Oral.

TERCERO.- En efecto, la declaración testifical de los testigos Victorino Hipolito, Hipolito Victorino y Santiago Franco, goza del refrendo y apoyo de la declaración testifical en el acto del juicio oral de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía con números de identificación profesional NUM001 y NUM002, quienes se ratificaron en el plenario en el atestado cuya instrucción ha dado lugar a la incoación de las presente actuaciones en lo que a su intervención respectiva se refiere, y así mismo, significaron de forma suficientemente circunstanciada, en



apretada síntesis, que el día 19 de agosto de 2012 recibieron una llamada del 112, informando de la presencia de una embarcación tipo patera que se encontraba a la deriva por avería de los motores a unas millas del Sur de la Isla de Gran Canaria, a cuyo rescate acudieron un helicóptero y una embarcación de Salvamento Marítimo, que procedieron al rescate de los ocupantes de la embarcación dejando ésta a la deriva dado el mal estado de la mar, de suerte que ellos se desplazaron directamente al Puerto de Arguineguín con la finalidad de asistir a los inmigrantes que ocupaban la embarcación y efectuar las averiguaciones correspondientes. A este respecto, los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, significaron que tras la asistencia médica precisa, después de haberse determinado el número de ocupantes de la embarcación menores de edad tras la práctica de las pruebas médicas pertinentes, y recabada la información correspondiente a la situación administrativa de los ocupantes de la patera, en las dependencias policiales procedieron a seleccionar aleatoriamente a varios inmigrantes, cuyas declaraciones obran en el atestado confeccionado a tal efecto, quienes les narraron sucintamente las vicisitudes de la singladura, indicándoles el lugar de procedencia y con el propósito de arribar a las Islas Canarias, las características de la embarcación -tipo patera de pequeñas dimensiones-, la existencia de tan sólo dos chalecos salvavidas, el precio aproximado que habían abonado por la travesía, especificando algunos de ellos que dicho precio lo habían abonado al acusado en el lugar de la partida, así como identificando todos ellos al acusado como el patrón de la embarcación, quien había manejado la patera a lo largo de todo el trayecto valiéndose de un GPS y quien les impartía las órdenes correspondientes con la finalidad de achicar agua; así mismo, pusieron de manifiesto los agentes policiales, que los testigos aleatoriamente seleccionados también les significaron que uno de los ocupantes avisó a uno de sus hermanos para que avisara al 112 con el objeto de rescatarlos, por cuanto se encontraban con la embarcación a la deriva, siendo así que al advertir la presencia de los equipos de salvamento, según les refirieron los testigos, el acusado se deshizo del GPS y el cuchillo y se puso entre los ocupantes de la embarcación para que no le viesan manejando la patera, así como les amenazó de muerte si le delataban. Los agentes del Cuerpo Nacional de Policía que depusieron en el plenario, particularmente el agente número NUM001, continuaron narrando en el acto del Juicio Oral que a tenor de las manifestaciones efectuadas por los testigos seleccionados, que señalaron unánimemente al acusado como el patrón de la embarcación, reunieron a todos los ocupantes de la embarcación en las dependencias policiales donde todos ellos, con la salvedad de los menores de edad que no se encontraban en dichas dependencias, señalaron al acusado como el patrón de la patera. Finalmente, los agentes policiales precisaron que a tenor de lo manifestado por los testigos y la información facilitada por el equipo de Salvamento Marítimo, tuvieron conocimiento de que se trataba de una pequeña embarcación tipo patera que tendría unos cinco metros de eslora y unos dos metros de manga.

Junto a las declaraciones de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, se dispone de las declaraciones prestadas en el plenario por los agentes de la Guardia Civil Guardia Civil con números de identificación profesional NUM003 y NUM004, quienes si bien no tuvieron gran participación en los hechos, toda vez que se habrían básicamente limitado a redactar el atestado obrante a los folios 72 a 76, desarrollando una labor administrativa de despacho, cuanto menos refirieron los motivos de la intervención de Salvamento Marítimo, la asistencia prestada en el Puerto de Arguineguín, así como las coordenadas exactas del lugar en que fue avistada la patera y las dimensiones de la embarcación.

Las manifestaciones de los referidos agentes del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil realizadas en el acto del juicio han sido contestes, coherentes, suficientemente circunstanciadas y substancialmente persistentes, coincidiendo en esencia entre sí y con lo plasmado en su día en el atestado que dio origen a las presentes actuaciones, por lo que junto a la circunstancia de gozar su testimonio, a priori, de una imparcialidad, profesionalidad y objetividad que no se ha visto empañada por la presencia de ningún elemento de incredulidad subjetiva derivada de las relaciones con los acusados que pudieran conducir a la deducción de existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase a sus respectivos testimonios de la aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente, se erige en prueba de cargo suficiente capaz de destruir el principio de presunción de inocencia que, como verdad interina, amparaba inicialmente al acusado.

En este sentido, las declaraciones de los mentados agentes, en cuya credibilidad y fiabilidad pues no concurre tacha objetiva o subjetiva alguna, recibidas directamente por esta Sala, son veraces y creíbles, teniendo en cuenta su coherencia interna, la substancial coincidencia en el relato de los distintos testimonios, su esencial correspondencia con el atestado y la persistencia de la incriminación, efectuada ésta en el plenario con seguridad y sin contradicciones substanciales. Las declaraciones de los mentados agentes efectuadas en el acto del Juicio Oral fueron suficientemente concretas y precisas; el relato dado por ellos es internamente coherente porque no contiene en sí mismo elementos contradictorios o incompatibles entre sí; y fue mantenido y persistente.

Por otra parte, las declaraciones realizadas por los mentados agentes del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil en el plenario resultan veraces y creíbles atendiendo la concurrencia de suficientes elementos



indicativos de veracidad, pues a la pluralidad de declaraciones coincidentes se añade su ponderación desde la óptica de la actuación profesional de dichos agentes, que actuaron desinteresadamente, en exclusivo ejercicio de su función de velar por la seguridad pública, sin que conste dato alguno que indique ninguna clase de resentimiento o enemistad preexistente para con el acusado, como queda dicho, resultando, asimismo, corroboradas sus diversas manifestaciones, como se acaba de exponer, por las declaraciones testificales practicadas con carácter preconstituido por los testigos Victorino Hipolito , Hipolito Victorino y Santiago Franco , en parte y sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante, por las propias manifestaciones del acusado en el acto del Juicio Oral, así como por la declaración testifical de doña Lucia Delia .

Recuérdese, en este sentido, que los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, de la Guardia Civil o de los distintos Cuerpos de Seguridad, cuando deponen en el Juicio Oral sobre datos de hechos que conocen de ciencia propia y han visto y percibido con sus propios ojos, los hace testigos hábiles y su testimonio constituye prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia. Una constante doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha venido declarando que las declaraciones testificales de los agentes en Juicio Oral con garantías de publicidad, oralidad, contradicción efectiva de las partes e intermediación del Tribunal, puede estimarse prueba de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia.

En este sentido, la STS 16-VII-2009, pone de manifiesto ".Con referencia al valor de estos testimonios la STS. 1227/2006 de 15.12, recuerda que el art. 717 LECrim. dispone que las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales apreciables, como éstas, según las reglas del criterio racional. Así tiene declarado esta Sala, STS. 2.4.96, que las declaraciones testificales en el plenario de los agentes de la Policía sobre hechos de conocimiento propio, al estar prestadas con las garantías procesales del acto, constituyen prueba de cargo, apta y suficiente, para enervar la presunción de inocencia; STS. 2.12.98, que la declaración de los Agentes de Policía prestadas con las garantías propias de la intermediación, contradicción y publicidad, es prueba hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, correspondiente su valoración, en contraste con las demás pruebas, al Tribunal de instancia, por cuanto la relevancia del juicio oral reside en la posibilidad que tiene el Juez de percibir directamente las pruebas que se desarrollan, que en el caso de la prueba testifical adquiere una mayor importancia, al poder discernir las condiciones del testigo el origen de su conocimiento, su capacidad de comprensión de la realidad, lo que, en definitiva, se resume en la fuerza de convicción de sus testimonios; y en STS. 10.10.2005 que precisa que las declaraciones de autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas, según las reglas del criterio racional. Estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, en el sentido de que no existe razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales, teniendo las manifestaciones que prestan un alto poder convictivo, en cuanto no existe elemento subjetivo alguno para dudar de su veracidad, precisamente en función de la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro, todo ello de conformidad con los arts. 104 y 126 CE.". Lo que reitera la reciente STS de fecha 12 de diciembre de 2011, al significar que. ".En reiteradas ocasiones, esta Sala ha sentado la doctrina de que las declaraciones de los agentes de la Policía Nacional, Autónoma o Local o miembros de la Guardia Civil pueden servir de prueba de cargo bastante para desvirtuar la presunción de inocencia cuando se practican en el acto de la vista oral con sometimiento a los principios de contradicción, oralidad e intermediación (SSTS 1086/2004, de 27 de septiembre y 1366/2004, de 29 de diciembre), conforme a lo previsto en el art. 717 LECrím."

En efecto, en lo que atañe a las circunstancias que abocaron al rescate de la embarcación, además de las referencias efectuadas tanto por los agentes del Cuerpo Nacional de Policía como someramente por los agentes de la Guardia Civil, se cuenta con la declaración testifical en el acto del Juicio Oral de la testigo doña Lucia Delia , quien puso de manifiesto en el plenario, en síntesis, que el día de autos recibió sorpresivamente la llamada telefónica del menor de sus hermanos, con la finalidad de comunicarle que se encontraba a bordo de una patera cerca de las costas de la Isla de Gran Canaria junto a otras personas, y, que llamase al servicio de emergencias 112 por cuanto él había tratado de comunicar con dicho servicio y no le entendían, por cuanto, a decir de la testigo, la embarcación se encontraba a la deriva porque se había averiado y el oleaje estaba anegando la patera, siendo la situación, según puso de manifiesto en el plenario le refirió su hermano, insostenible, de modo que procedió a alertar de inmediato a los servicios de emergencia. La testigo, así mismo, significó en el acto del Juicio Oral que ignoraba la existencia de la singladura emprendida por su hermano, quien no le refirió, por lo demás, si había o no abonado cantidad alguna ni tampoco le indicó nada en absoluto en relación al posible patrón de la embarcación.

Finalmente, se dispone, en gran medida, de las manifestaciones del acusado Sergio Urbano , en el acto del Juicio Oral, pues si bien negó el haber tenido participación alguna en la organización de la singladura o el haber percibido cantidad alguna por ello, cuanto menos admitió que el día 16 de agosto de 2012 zarpó de un lugar de la costa del Reino de Marruecos comprendido entre El Aiún y Boujdor, con el propósito de llegar hasta



las Islas Canarias, en compañía de catorce ciudadanos marroquíes más, en una embarcación de pequeñas dimensiones tipo patera - de unos cinco metros de eslora y dos metros de manga-, que tan sólo disponía de dos chalecos salvavidas; así mismo, admitió en el acto del Juicio Oral que fue él quien manejó la embarcación, si bien sostuvo que lo hizo con el auxilio de otras tres personas con las que se turnaba en el manejo y repostaje de la embarcación, valiéndose de un GPS que había en la embarcación, que si bien él no manejó directamente, sin embargo, seguía las indicaciones que a la vista del mismo le realizaban los otros tres chicos que le ayudaron en el gobierno de la embarcación, todo ello en el decurso de una travesía que se prolongó a lo largo de tres días; finalmente, el acusado admitió haber arrojado al mar el GPS asustando ante la llegada del equipo de salvamento.

De esta manera se cuenta, así mismo, con las propias declaraciones del acusado que constituyen un elemento de cargo tomado en consideración por la jurisprudencia (SST.S. 23-IX-1987; 9-XII-1987; 27-XI-2007; 21-XII-2007; 5-VI-2008), a lo que habría de añadirse la inconsistencia e inverosimilitud de la versión de los acusado demostrándose inveraz y falsa por contradictoria con el desarrollo de los acontecimientos y además por repeler lo creíble según las enseñanzas de la común experiencia (SSTS 22 de abril y 22 de junio de 1988, 19 de enero y 10 de marzo de 1989). Efectivamente, amén de que la versión del acusado ha resultando contundentemente desvirtuada por las declaraciones de los testigos Victorino Hipolito , Hipolito Victorino y Santiago Franco , así como del testimonio de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, se ha de hacer notar su versión exculpatoria ni ha sido continuada ni ha sido coherente y objetivamente verosímil. Así, el acusado ha venido sosteniendo, en apretada síntesis, que, al igual que el resto de los ocupantes del pasaje, él abonó por la travesía la cantidad de 5000 dirhams, no habiendo tenido nada que ver en la planificación de la singladura, habiéndose visto abocado al manejo de la embarcación de forma sorpresiva y sobrevenida al haber abandonado la embarcación la persona que había sido dispuesta por el organizador de la travesía, un tal Aibidi, después de haber discutido con el jefe, de modo que para salvar la situación, y con los pocos conocimientos que tenía, se puso al frente del gobierno de la embarcación con el refrendo de los demás, toda vez que todos ellos deseaban dirigirse a las Islas Canarias. Sin embargo, como antes se adelantó, la versión exculpatoria del acusado no ha sido del todo punto uniforme y constante en aspectos relevantes: en este sentido, no se puede obviar que el acusado no prestó declaración en dependencias policiales, mas tanto de su declaración sumarial, folios 38 a 40, como al inicio de su deposición en el plenario, se desprende que la supuesta discusión habida entre el jefe y el patrón de la embarcación habría tenido lugar antes de zarpar, "que no tenía otra alternativa que llevar el timón porque el que tenía que venir de patrón no vino y si no lo hacía él la patera no habría zarpado" -sic-, significó en su declaración sumarial en contradicción con lo indicado en el plenario, en donde inicialmente aseguró que el patrón sí que acudió pero que luego abandonó la embarcación tras discutir con el jefe en el momento en que iban a zarpar, para acto seguido desdecirse e indicar que el patrón habría abandonado la patera cuando llevaban unos diez o quince minutos de travesía tras discutir ya no con el jefe ("patrón grande") sino con un inopinado cabecilla que habría en la embarcación, versión esta claramente introducida con la finalidad de tratar de hacer ver que él se habría visto ineluctablemente abocado al manejo de la embarcación para no dejar a los ocupantes de la misma a su suerte en alta mar, pero que no resulta objetivamente verosímil pues, amén de no haber sido uniforme su versión ni siquiera en el mismo acto del Juicio Oral, es lo cierto que no resulta creíble que una persona sola se arroje al mar tras haber estado navegando durante diez o quince minutos, a riesgo de perecer ahogado en el intento de regresar a nado a la costa; por otra parte, el acusado puso de manifiesto en su declaración sumarial tanto que él llevó la embarcación porque tenía conocimiento de navegación al ser marinero, como que los medios de que disponía para orientarse, consistentes en un GPS y unas coordenadas, se las facilitó el jefe de la expedición antes de zarpar, siendo así que, sin embargo, en el acto del Juicio Oral minimizó sus conocimientos náuticos ("con los pocos conocimiento que tenía"), así como se desdijo igualmente de sus declaraciones precedentes sosteniendo que el jefe no le facilitó GPS alguno, sino que éste se encontraba en la embarcación y que él no lo manejó en momento alguno, sino que los tres chicos que le auxiliaron en el gobierno de la embarcación le daban las indicaciones oportunas; también en relación al número de personas que le habrían auxiliado su versión fue divergente, toda vez que en su declaración sumarial el acusado aseguró que en el manejo de la patera se turnaba con Hamid y otro chico cuyo nombre ignoraba, mientras que en el acto del Juicio Oral sostuvo que eran tres las personas que le auxiliaron, Hamid, Mohamed y otra persona de cuyo nombre no se acordaba. En consecuencia, la versión exculpatoria del acusado no ha sido uniforme ni continuada y, así mismo, no resulta objetivamente verosímil, no habiendo dado el acusado, por lo demás, ninguna explicación convincente ni satisfactoria del motivo por el que no sólo los tres testigos que depusieron en sede policial y judicial, sino todos los ocupantes de la embarcación, a decir de los agentes policiales, le señalasen como al patrón de la embarcación, más cuando de ordinario en este tipo de situaciones los inmigrantes que tratan de introducirse ilegalmente no suelen delatar al patrón de la singladura, lo que en el caso que nos ocupa halla una lógica explicación en las amenazas que habría recibido todos ellos por parte del acusado, quien, por otra parte, tampoco ha dado explicación alguna de la razón de arrojar el aparato GPS por la borda, de las amenazas que los ocupantes aseguran fueron proferidas por el acusado para evitar ser identificado, o, del motivo por el



que al advertir la presencia del equipo de salvamento marítimo habría abandonado la dirección de la patera para mezclarse con los restantes ocupantes de la embarcación.

Así, hay que recordar que es conocida la guía valorativa y de razonamiento ofrecida por la doctrina jurisprudencial cuando en referencia a la coartada fallida (entre otras, SSTS de 22 de junio de 1988, 19 de enero, 10 y 29 de marzo y 9 y 27 de junio de 1989, 8 de julio de 1991, 19 de febrero de 1993, 11 de marzo de 1994, etc.) señala que nunca será "irrelevante o intrascendente" (vid. STS 14 de octubre y 20 de diciembre de 1986 y 7 de febrero de 1987), entendiéndose que si bien el acusado en modo alguno ha de soportar la intolerable carga de probar su inocencia, sí puede no obstante padecer las negativas consecuencias de que se demuestre la inveracidad o falsedad de sus alegatos exculpatorios, ya que, tal evento, "acaso sirva para corroborar ciertos indicios de culpabilidad" (STS 22 de julio de 1987); y es en esta dimensión del contraindicio como indicio ex abundante o aupervacu con función corroborante de otros elementos y medios de prueba de culpabilidad, que el mismo, ahora sobreañadido a los antes expuestos, son en conjunto, razonables y suficientes para dar y tener por enervada, con plena satisfacción de las debidas garantías de legalidad ordinaria y constitucional, la presunción de inocencia que como verdad interina amparaba al acusado. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 27ª, de fecha 3 de abril de 2008, nos recuerda: ".Pues bien, esta declaración del acusado constituye un elemento o indicio más que refuerza la convicción, tal como se indica en la sentencia impugnada, siendo de aplicación la jurisprudencia (SSTS 9.6.99, 17.11.2000) que precisa que si el acusado, que carece de la carga probatoria, introduce defensivamente un dato en el proceso y tal dato se revela falso, su simple resultado negativo no puede ser representado irrelevante o intrascendente, ya que indudablemente la convicción judicial sobre la culpabilidad del reo se verá corroborado con tal importante dato.

La STS 5.6.92 es particularmente explícita al señalar que los contraindicios pueden cobrar singular relieve si se demuestran falsos o inexistentes, insistiendo en que la versión que de los hechos proporciona el acusado cuando se enfrenta con determinados indicios suficientemente acreditativos y significativos habría de ser examinada cuidadosamente, toda vez que explicaciones no convincentes o contradictorias, aunque, por sí solas no son suficientes para declarar culpable a quien las profesa, si pueden ser un dato más a tener en cuenta en la indagación rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenido.

Es decir que la manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones exculpatorias del acusado, no implica invertir la carga de la prueba, ni vulnera el principio "nemo tenetur", cuando existan otros indicios relevantes de cargo que, por sí mismos, permitan deducir racionalmente su intervención en los hechos. En estos casos se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y concurrente, acerca de la participación en el hecho del acusado, como ya hemos analizado en este caso, a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, sino que por el contrario las manifestaciones del acusado por su total ausencia de explicación alternativa plausible refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada.

Así se pronuncia la STS 15.3.2002 "es cierto que no recae sobre el acusado la carga de probar su inocencia, pero cuando existen pruebas de cargo serias de la realización de un acto delictivo ... la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación "reclamada" por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna."

En suma, este conjunto probatorio se erige en prueba de cargo suficiente capaz de destruir el principio de presunción de inocencia, permitiendo tener por plenamente acreditados los hechos motivadores de la acusación y la intervención y participación en ellos del acusado, y en tal sentido dice la STS de 12 de Diciembre de 2002: "Las reglas básicas, y consolidadas jurisprudencialmente por su reiteración, para analizar el ámbito y operabilidad del derecho a la presunción de inocencia pueden resumirse de acuerdo con múltiples pronunciamientos de esta Sala, como las Sentencias de 4 de octubre de 1996 y 26 de junio de 1998 entre otras, en el sentido de que para poder apreciar en el proceso penal una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia se requiere que en la causa exista un vacío probatorio sobre los hechos que sean objeto del proceso o sobre alguno de los elementos esenciales de los delitos enjuiciados, pese a lo cual se dicta una sentencia condenatoria. Si, por el contrario, se ha practicado en relación con tales hechos o elementos, actividad probatoria revestida de los requisitos propios de la prueba de cargo, con sometimiento a los principios procesales de oralidad, contradicción e inmediación, no puede estimarse la violación constitucional basada en la presunción de inocencia, pues las pruebas así obtenidas son aptas para destruir dicha presunción, quedando sometidas a la libre y razonada valoración del Tribunal de instancia, a quien por ministerio de la Ley corresponde con exclusividad dicha función (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 117.3 de la Constitución Española)".

CUARTO.- Calificación jurídica de los hechos. Los hechos que se declaran probados, apreciando en conciencia la prueba practicada en el acto del Juicio Oral bajo los principios de inmediación, oralidad y contradicción,



constituyen un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, previsto y penado en el artículo 318 bis .1 y . 2 del Código Penal, del que resulta criminalmente responsable en concepto de autor el acusado Sergio Urbano por haber ejecutado tales hechos material, directa y voluntariamente.

En efecto, dispone el artículo 318 bis del Código Penal, que "1. 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.

2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.

3. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, 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.

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33.

5. Los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada."

Así, el delito contemplado en el artículo 318 bis, fue introducido en el Código Penal, por la disposición final segunda de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su finalidad no es otra que la de proteger el derecho que tiene todo emigrante legal a alcanzar una plena integración social, evitando que se abuse de su situación de necesidad, seduciéndoles a cambio de cantidades de dinero, para ellos desorbitadas, a abandonar su país, en la creencia de que el otro al que se dirigen, les ofrece mayores posibilidades de bienestar, cuando la realidad es, que su condición de inmigrantes ilegales, les expone en la mayoría de los casos, a la marginación, el desarraigo, o la aceptación forzada de condiciones de trabajo, más desfavorables en ocasiones que las que tienen en su país de origen. El fundamento por ello del injusto del artículo 318bis, reside en la privación o menoscabo del disfrute de tales libertades por parte del extranjero víctima del tráfico ilegal, sancionando todas aquellas conductas que consistan en promover, favorecer o facilitar ese tráfico ilegal de personas, sin que se exija para su consumación, la acreditación de la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo, y siendo indiferente que el mismo haya prestado su consentimiento, al tratarse de un bien jurídico irrenunciable y no disponible. Por su parte el artículo 318 bis .2, contempla un subtipo agravado, para el caso en que dichas conductas se realizaren con ánimo de lucro, entendiendo por tal, cualquier provecho o utilidad de naturaleza económica, que se pretende obtener con el tráfico ilegal de personas, aplicándose en su mitad superior, la pena prevista en el mismo, no solo cuando concurre este ánimo de lucro sino también cuando además se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas. No obstante, si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado primero.

En este sentido, la STS de fecha 21 de diciembre de 2012, nos recuerda que: "...Así como hemos dicho en STS. 378/2011 de 17.5, 1238/2009 de 11.12, 1087/2006 de 10.11, 1465/2005 de 22.5, el bien jurídico protegido en el art. 318 bis 1, "no lo constituye sin más los flujos migratorios, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación -que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas-, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá



de todo ello, para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas, por lo que resulta indiferente la finalidad de ocupación laboral- cuya expresa protección se logra al amparo del artículo 313.1 del CP- y explica así el grave incremento punitivo del artículo 318 bis frente al 313.1 del CP". En similar sentido similar, las SSTs nº 569/2006, de 19 de mayo, la STS 569/2006, de 19 de mayo y la STS 153/2007, de 28 de febrero, "Confluyen en este tipo dos clases de intereses complementarios: por un lado el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que éstos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada y por otro evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y seguridad de las personas"...".

El tipo exige tanto requisitos de carácter objetivo, determinados por la realización de actos de promoción o favorecimiento por cualquier medio de la inmigración clandestina de ciudadanos extranjeros residentes fuera de España, entendiéndose por tal cuando dichas personas carezcan de alguno de los requisitos que la legislación administrativa establece para entrar en el indicado país, esto es en la actualidad el pasaporte o título de viaje, en vigor, u otro documento que acredite su identidad, el visado, el permiso de residencia y el de trabajo, como otros de índole subjetiva, relativos a la culpabilidad, en relación al cual debe recordarse el genérico "no hay pena sin dolo o imprudencia" del artículo 5 del Código Penal, y, ya en concreto para el delito del que nos ocupamos, el específico constituido por el propósito concreto de realización de tales actos de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal de personas.

El sujeto activo puede ser cualquier persona y el sujeto pasivo persona extranjera, quedando excluidos a quienes no es de aplicación la normativa administrativa en la materia.

La conducta delictiva consistirá en "de manera directa o indirecta, promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España...".

Se trata de un delito de mera actividad (v.gr. TS Sala 2a, S 25-4-2005, no 556/2005, EDJ 2005/76762 EDJ2005/76762), 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 o 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 en España que la legislación administrativa establece.

«(...) Piénsese que por tráfico ilegal ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración. De modo que el tráfico ilegal no es sólo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada llevada a cabo en calidad de turista, por ejemplo, pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación.

Esa doctrina ha entendido que es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (art. 25 y ss LE-EDL2000/77473-).

En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.).

Deben así diferenciarse las situaciones siguientes: estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal.

De una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones (por ejemplo, con fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de una naturaleza administrativa.

Pero, de otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

Esta Sala ha señalado -y lo recuerda la STS 28-9-2005, núm. 1059/2005-EDJ2005/152980-, que el tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las



fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas autorizadas de ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones. La normativa determinante de la ilegalidad del tráfico será la propia Ley de Extranjería LO 4/2000, de 11-2, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por LO 8/2000, de 22-12-EDL2000/88847-; 11/2003, de 29-9-EDL2003/80370-; y, 14/2003, de 20-11-EDL2003/120593-), concretamente en el Título II- EDL2000/77473-: "Del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros" y su Reglamento, aprobado por RD de 26-6-2001- EDL2001/23794-.

Con carácter general el art. 25 de la Ley de Extranjería-EDL2000/77473- regula los requisitos para la entrada en territorio español, estableciendo que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, debería presentar los documentos que se determinan reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

Igualmente 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 clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido.

Por último la doctrina considera que aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no parece necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica, aunque la configuración colectiva del bien jurídico en este tipo base del art. 318 bis 1; si determina que aunque sean varias las personas afectadas, estaremos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal.» (STS 2ª-26/06/2007, reiterada, entre otras, en la antes citada STS de fecha 21 de diciembre de 2012).

Sobre dicha infracción se afirma por la Audiencia Provincial de Málaga, en Sentencia de 1 de julio de 2004 , que "Este tipo delictivo castiga el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas; esto es, aquellas conductas que, directa o indirectamente, supongan promover, favorecer o facilitar ese tráfico ilegal o inmigración clandestina. Por tráfico ha de entenderse, según el sentido propio de esta palabra, la circulación, movimiento, tránsito, o cambio de sitio, en este caso, de personas. Y dicho tráfico habrá de reputarse ilegal, cuando tales personas no reúnan los requisitos legales para poder efectuarlo. Según el Diccionario de la Real Academia, la inmigración significa la llegada a un país, para establecerse en él, de los naturales de otro. Y lo clandestino equivale a secreto, oculto, y referido generalmente a lo que se hace o dice en secreto por temor a la Ley o para eludirla. Atendiendo a la redacción del tipo, se trata de un delito de mera actividad, que se consuma con la realización de cualquier conducta que suponga promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina, con independencia del resultado conseguido".

La conducta se describe, conforme se expone en la STS de 28 de septiembre de 2005 , "en forma abierta y progresiva: promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; favorecimiento, integrado por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y facilitación, que viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y que, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento. Podíamos decir, de acuerdo con la doctrina más autorizada, que 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 inducida en la conducta típica. La conducta tiene que realizarse con el fin de que se produzca un tráfico ilegal de personas. Por tráfico ha de entenderse, según el sentido propio de esta palabra, la circulación, movimiento, tránsito o cambio de sitio, en este caso, de personas. Este concepto de tráfico es precisado en el propio tipo, al señalar que se refiere a tráfico, entendido como "traslado de personas desde" a otro país, en "transito", por España, al trasladarse de un país a otro; o con destino a España, obviamente procedentes de un país extranjero. Se contempla así tanto la inmigración de extranjeros a España, como el tránsito de extranjeros por España e igualmente la emigración desde España a otro país. El tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas autorizadas de ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones. La normativa determinante de la ilegalidad del tráfico será la propia Ley de Extranjería LO. 4/2000 de 11.2 , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por LO. 8/2000 de 22.12 , 11/2003 de 29.9 y 14/2003 de 20.11)", y en concreto su artículo 25 , que regula los requisitos para la entrada en territorio español, estableciendo que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su



identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, debería presentar los documentos que se determinan reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

Se trata, por otra parte, conviene insistir en ello, 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 clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido, y en el que, pese a que el tipo alude a "personas", no parece necesario que la actividad afecta a más de una persona para ser típica, aunque la configuración colectiva del bien jurídico en este tipo base del art. 318 bis 1 ; si determina que si fueron varias las personas afectadas, estaremos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal...".

«Por otro lado, nada importa que la víctima fuese única o que no se le hubiera compelido al ejercicio de la prostitución. La conducta típica del artículo 318 bis 1 del Código Penal se consuma con la ejecución de actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal. Para la consumación del artículo 318 bis 1 CP, que ha sido el aplicado, es bastante la ejecución de aquellas conductas, sin ulterior finalidad de ejercicio de la prostitución como forma de explotación sexual. En este sentido se pronunciaron las SSTS 127/2008, de 26 de Febrero y 152/2008, de 8 de Abril, afirmando esta última que, aunque en el tipo se alude a personas en su concepción plural, no parece necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica, lo que pese a la configuración colectiva del bien jurídico en este tipo base del art. 318 bis 1º determina que, aunque sean varias las personas afectadas, estaríamos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal, tesis que ya había sostenido la STS 284/2006, de 6 de Marzo». (STS-2ª - 19/07/2012).

"...La conducta típica aparece descrita de forma abierta, lo que aparece potenciado con las expresiones favorecimiento, facilitación y promoción y con las modalidades de forma directa o indirecta, de manera que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo de la inmigración o de la emigración y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad está incluida en la tipicidad (En el mismo sentido la STS 1059/2005, de 28 de septiembre-). Las expresiones directa o indirecta hacen referencia a una mayor o menor cercanía con el sujeto migratorio, no requiriendo un contacto personal con el sujeto que emigra de forma clandestina.

El tráfico ha de ser ilegal o, lo que es lo mismo, al margen de las normas legalmente establecidas para el circulación de trabajadores, lo que incluye tanto los pasos clandestinos como los realizados de forma ilícita, debiendo considerarse dentro de esa ilegalidad los pasos fronterizos inicialmente legales, como es el supuesto de paso fronterizo para realizar turismo, pues el migrante tiene intención de residir con permanencia en España y aparenta una entrada para turismo. La organización del viaje de turismo respecto a personas que tienen voluntad de permanencia para trabajar se incardina en la tipicidad del delito del art. 318 bis.

Desde la perspectiva expuesta la subsunción en el tipo penal de la conducta declarada probada es acertada y ningún error cabe declarar. Plantea el recurrente la alternativa de subsunción en el delito del art. 313 del Código penal-EDL1995/16398-. Como señaló la STS 968/2005, de 13 de julio-EDJ2005/116853-, la razón de ser del tipo penal del art. 318 bis, que guarda relación de similitud con el art. 313, es la necesidad de prever que la tipicidad abarcará a personas respecto a las que no resulta acreditada la condición de trabajadores que exige el art. 313 del Código penal. La jurisprudencia de esta Sala ha dado respuesta a la denuncia que el recurrente expone, correspondiendo reproducirla para dar la respuesta que el recurrente solicita. La STS 1465/2005, de 22 de noviembre-EDJ2005/206710-, señala que el bien jurídico debe ser interpretado más allá de una condición de trabajador, para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas, por lo que resulta indiferente la ocupación laboral -cuya expresa protección se logra al amparo del artículo 313.1 del C.P.- y explica así el incremento punitivo del artículo 318 bis frente al 313.1 del C.P.

En consecuencia, la conducta del art. 318 bis no se realiza sólo por la presencia de una inmigración con incumplimiento de la normativa vigente en materia de extranjería, sino cuando a lo anterior se une una situación de especial vulnerabilidad derivada de la estancia ilegal, o sin papeles, de un extranjero, circunstancia que puede ser aprovechada para obviar los derechos que le asisten como persona.» (STS 2ª-23/09/2009).

«1. En el artículo 318 bis.1º del Código Penal se sanciona la conducta consistente en promover, favorecer o facilitar, directa o indirectamente, el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España. 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 unos países a otros. En este sentido la STS num. 147/2005,



de 15 de febrero. De otro lado, la jurisprudencia ha entendido que la inmigración clandestina tiene lugar no solo cuando la entrada en España se produce evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades, sino también cuando se construye una apariencia de entrada legal con la finalidad de eludir los controles administrativos. Así, se decía en la STS num. 1595/2005, de 30 de diciembre, que "la alusión contenida en la descripción del tipo básico a la entrada «clandestina» en nuestro país de los ciudadanos extranjeros, según reiterada doctrina de esta Sala al respecto (vid. STS de 8 de noviembre de 2005, entre otras), no requiere que se trate de una inmigración oculta sino que basta, como en el presente caso acontece, con que ese ingreso en nuestras fronteras se lleve a cabo encubriendo su verdadero carácter, haciendo pasar por «turistas» a quienes, en realidad, venían a dedicarse al ejercicio de la prostitución". (STS-2ª - 19/06/2012).

"...El delito tipificado en el art. 318 bis C.P. es un delito de tendencia y de mera actividad, que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquiera otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal de personas extranjeras que no pertenezcan a países miembros de la Comunidad Europea (SS.T.S. 1059/2005, de 28 de septiembre y 284/06, de 6 de marzo), con independencia del resultado. La consecución del fin previsto, la entrada material en territorio nacional del inmigrante una vez burlados los controles administrativos, pertenece ya a la esfera del agotamiento del delito. Las conductas posteriores a la consumación que se proyecten sobre los inmigrantes ilegales podrán, en su caso, ser constitutivas de otro ilícito penal, pero sus autores, que no hayan tenido participación directa o indirecta en la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o inmigración clandestina, no deben responder de este específico tipo penal». STS-2ª - 25/10/2012.

Partiendo de estas consideraciones, se ha llegado necesariamente a la conclusión de que en el presente caso concurren tales requisitos, toda vez que las catorce personas extranjeras que ocupaban la embarcación patroneada por el acusado carecían de los requisitos que la legislación administrativa establece para entrar y permanecer en el territorio nacional, pues no tenían ni pasaporte u otro tipo de título de viaje en vigor, ni otro documento que acreditase su identidad, visado, permiso de residencia o de trabajo, y habían llegado a España, además, ilegalmente en patera, fuera pues de los puntos destinados al efecto, circunstancias éstas que motivaron su posterior expulsión del territorio nacional; siendo así que el acusado al transportar a los catorce inmigrantes indocumentados observa una conducta de favorecimiento de ese movimiento migratorio ilegal. En efecto, el acusado al dirigir, consciente y voluntariamente, la embarcación desde la costa africana a la de Gran Canaria, llevando el timón, controlando el GPS y a las personas que habían embarcado, propició su entrada ilegal en territorio español, sin que tenga relevancia que efectivamente hubiesen conseguido o no tal propósito o el hecho de que el acusado mismo pretendiera también quedarse en nuestro país pues lo que es más que evidente es que el hecho de que él fuese reclutado o se ofreciese para dirigir la embarcación, lo que además hizo previo pago por parte de algunos de los ocupantes de la embarcación, lo que ha hecho no ha sido más que facilitar, de forma directa, el tráfico ilegal de personas pues todos los que viajaban, incluidos el acusado, estaban indocumentados y no podían entrar legalmente en España, que era su destino tal y como además debe concluirse de las manifestaciones de los testigos y del propio acusado. Esta conducta encaja, pues, perfectamente en el número 1 del referido precepto, al favorecer el acusado con su conducta, -consistente en patronear la embarcación, dirigiéndola en el océano, disponiendo del combustible y dando órdenes para el buen gobierno de la misma-, la inmigración clandestina de personas o ilegal tráfico humano, y ello lo efectúa de forma consciente y voluntaria en circunstancias tales que evidencia el grave peligro para la vida de todos los ocupantes de la patera, como se verá acto seguido.

Se trata en definitiva, dice el Tribunal Supremo, en su sentencia de 8-10-2007, número 788/2007, rec. 198/2007. Pte: Excmo Sr. D. Julián Sánchez Melgar, de un "delito de mera actividad que se consuma por la realización de los actos de promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas "desde, en tránsito o con destino a España". La conducta se describe, por tanto, de forma progresiva: promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; favorecimiento, integrado por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y facilitar, que viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y que, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento. Podríamos decir que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o migratorio y que auxilie a su realización en condiciones de ilegalidad está incluida en la conducta típica". Basta con que se promueva, favorezca o facilite por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consuma el delito; lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplir la previsión normativa, por lo que pueden incluirse conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etc. Ello implica que sea irrelevante que los inmigrantes lleguen a acceder a la Península o Islas o no se concluya la operación por causa de intervención de la policía judicial o por razón de naufragio, por cuanto el delito se consuma por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación, sin exigir que se consiga llegar clandestinamente a territorio español (v. SSTS



de 5 de febrero de 1998, y de 16 de julio de 2002). El acusado, como se ha dicho, contribuye de forma directa y voluntaria, mediante la ejecución de actos esenciales para el buen desenvolvimiento y fin de la travesía, atacando por tanto, con su actuación, el bien jurídico protegido, que no es otro que los dos tipos de intereses que señala el TS: el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que éstos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y el interés mediato de proteger la libertad, seguridad, dignidad y derechos de los emigrantes.

Además, este Tribunal considera que concurre el subtipo agravado contemplado en el apartado segundo del vigente artículo 318 bis del Código Penal, y ello por dos motivos, a saber: primero, porque el acusado actuó movido por ánimo de lucro, y, segundo, porque en el caso de autos se puso en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas que viajaban en la embarcación.

En efecto, en primer término, consta que el acusado actuó movido por ánimo de lucro por cuanto, a tenor de la declaración de los testigos que depusieron en el Juzgado de Instrucción con carácter preconstituido, cuanto menos dos de los ocupantes le abonaron el precio de la travesía, no siendo óbice a esta conclusión el que en el momento de la interceptación policial, habida ya en el Puerto de Arguineguín, no se hallase en poder del acusado ninguna cantidad de dinero si se tiene presente, por un lado, que uno de los testigos aseguró que abonó el importe antes de embarcar, por lo que el acusado pudo disponer del mismo antes de iniciar la singladura, por otro lado, que al igual que el acusado se deshizo en alta mar, al advertir la presencia de los equipos de salvamento marítimo, del aparato GPS y del cuchillo con que amedrantó al resto del pasaje, también pudo haber arrojado por la borda el dinero que le fue entregado, y, finalmente, no se puede obviar que la embarcación no fue recuperada, sino que quedó a la deriva dado el mal estado estado de la mar, de modo que el dinero percibido bien pudo haber quedado en la embarcación.

Y, en segundo término, se puso en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas que viajaban en la embarcación y ello, habida cuenta de la duración de la travesía (3 días), y, señaladamente, de las propias características de la embarcación y la singladura efectuada, toda vez que la embarcación era tipo patera, y, por ende, absolutamente inadecuada para la travesía realizada por cuanto se trataba de una embarcación de pequeñas dimensiones -entre cinco y seis metros de eslora, dos metros de manga y tres metros de puntal-, propulsada por dos motores, habitualmente utilizada en las costas occidentales de África para labores de pesca de bajura, que tan sólo disponía de dos chalecos salvavidas y que carecía de cualquier otro medio de protección, siendo muestra evidente del peligro que comportó la singladura, la circunstancia de que los ocupantes de la patera tuviesen que ser rescatados por Salvamento Marítimo cuando se encontraban a doce millas de las costas de la Isla de Gran Canaria, y ello, como puso de manifiesto la testigo Lucia Delia , quien recibió una llamada de su hermano menor desde la embarcación pidiéndole que alertase a los servicios de emergencia del 112, por haber quedado la embarcación a la deriva por avería de los motores, dando lugar a una situación insostenible al hallarse la embarcación anegándose irremediabilmente a causa del oleaje y el mal estado de la mar, circunstancia esta última que impidió que el rescate del pasaje fuese acompañado de la recuperación de la embarcación que el equipo de salvamento marítimo tuvo que dejar a la deriva.

Para un supuesto similar, la STS de fecha 7 de diciembre de 2009, puso de manifiesto: "...El factum declara probado que los acusados, "valiéndose de sus conocimientos de navegación, por tratarse todos ellos de marineros de profesión, previo concierto para ello y con la intención de introducir clandestinamente ciudadanos extranjero en territorio español, en fecha 19 de noviembre de 2007, zarparon de Noudhibou (Mauritania) patroneando una embarcación tipo cayuco, turnándose a lo largo del trayecto al timón y transportando en su interior un total de 65 personas de origen subsahariano, de las cuales dos han resultado ser menores de edad, todos indocumentados... Sobre las 21:45 horas del 21 de noviembre de 2007, la embarcación patroneada por los acusados fue interceptada a 104 millas al sur de Gran Canaria, desembarcando en el Puerto de Arguineguín sobre las 15 horas del 22 de noviembre de 2007... La referida embarcación era totalmente inadecuada para el transporte de personas en una travesía desde el continente africano hasta las Islas Canarias, carecía de las mínimas condiciones de seguridad, de algún instrumento que sirviera para comunicarse con el exterior en caso de que fuera necesario, así como de chalecos salvavidas o cualquier otro elemento que permitiera prevenir cualquier contingencia que pudiera presentarse".

Y en el fundamento jurídico cuarto, el Tribunal a quo razona que en cuanto a la concurrencia del tipo agravado previsto en el apartado 3º del art. 318bis, dada su redacción en términos de conjunción disyuntiva y no copulativa, basta para su apreciación la sola concurrencia de una de las circunstancias que lo motivan, de modo que la concurrencia de varias se podrá tener en cuenta para individualizar la pena dentro de la agravación, ante el mayor reproche que merecerá la conducta del sujeto activo.

Con todo, y por ello, para la apreciación de este subtipo agravado al caso presente, resulta irrelevante que alguno de los sujetos pasivos de dicho tráfico ilícito sea o no menor de edad, en cuanto lo evidente es que el viaje, en tales condiciones, constituía un evidente peligro para la vida, salud o integridad de los viajeros. Debe



significarse que el peligro enunciado en el tipo es abstracto, que no concreto, esto es, para apreciar el subtipo basta que objetivamente se advierta en el viaje circunstancias que hagan altamente probable un resultado lesivo para los sujetos pasivos. Cuando el legislador exige un concreto peligro lo establece así expresamente, como acontece con el delito contra la seguridad del tráfico del art. 381 del CP (381.2 tras la reforma operada por la LO 15/2007, de 30 de noviembre).

Partiendo de lo dicho, a nadie se le esconde, y desde luego constituye una evidencia palmaria aplicando el más elemental sentido común (además de máximas de la experiencia a la vista del resultado mortal en casos parecidos), de que un trayecto en una embarcación tipo cayuco desde las costas africanas hasta Canarias, al margen de las rutas de navegación y obviando la mínima diligencia exigible para tan largo trayecto, constituye un viaje que entraña serios peligros para la vida de sus ocupantes, como así, por lo demás, lo ha venido entendiendo el Tribunal Supremo (STS 491/2005, de 18 de abril).

Que el peligro haya de evaluarse en cada situación en concreto (SSTS 1059/2005, de 28 de septiembre; 1039/2005, de 22 de septiembre) no es obstáculo a que, como ha sostenido la Audiencia de instancia y ha señalado esta Sala en ocasiones (Cfr. SSTS 704/2005, de 6 de junio; 1059/2005, de 28 de septiembre) el peligro haya de reputarse como abstracto, porque, en cualquier caso, como dice la STS 1059/2005, de 28 de septiembre, se requiere la prueba específica de que el peligro se dio en el caso concreto, debiendo rechazarse que el riesgo pueda presumirse como ligado a ciertas conductas consideradas ex ante como peligrosas, ya que no es menos cierto que, sin perjuicio de aportar en cada momento los elementos probatorios necesarios para concretar, algunos procedimientos para llegar a España son en sí peligrosos. En efecto existen ciertos medios para el transporte que incorporan generalmente este elemento de peligro: traslados en frágiles embarcaciones (pateras o cayucos) desde la costa norteafricana a la española, generan por sí el peligro concreto. Así el subtipo se aprecia cuando los inmigrantes son conducidos desde Marruecos en patera (SSTS 1685/2002, de 15 de octubre; 1248/2002, de 28 de junio; y 1207/2003, de 17 de septiembre).

Como dijimos en la STS nº 186-2009, de 27 de febrero, de todo ello resulta la responsabilidad que les ha sido atribuida a los acusados, y entre ellos al recurrente, tanto hubieran sido ellos los últimos organizadores del viaje marítimo, como si no, puesto que aquélla claramente resulta de la asunción de la condición de patronese de una embarcación en la que, contraviniendo toda norma o reglamentación de seguridad de la navegación y de la vida humana en el mar, se aventuraron a una larga travesía por mar abierto, careciendo del acondicionamiento, y avituallamiento preciso para realizarla sin riesgo de muerte para sus ocupantes.....".

Entiende esta Sala, por el contrario, que no es apreciable la agravación derivada de la presencia de tres menores de edad en la embarcación, por cuanto dicho dato no ha quedado acreditado más allá de toda duda razonable, siendo de aplicación en relación a este particular el principio in dubio pro reo que, como precisa la STS. 27.4.98, no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido incriminatorio, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez, esto es, en las condiciones de un proceso justo, que no es otra cosa que lo que sucede en el caso enjuiciado en relación a dicho extremo, debiéndonos atener, en su consecuencia, a la representación posible y más favorable de los hechos para el acusado.

A este respecto, cierto es que obran en la causa sendos informes médicos sobre edad ósea confeccionados en el Servicio de radiodiagnóstico del Hospital Materno-Insular-folios 19 a 30-, como también lo es que ninguno de dichos informes ha sido expresamente impugnado por ninguna de las partes intervinientes.

No obstante, se ha de tener presente que en orden a la determinación de la edad legal de una persona, dato esencial en el ámbito penal, se ha planteado el problema a la medicina legal precisamente por la llegada de jóvenes inmigrantes indocumentados, porque resulta difícil conocer su edad por ausencia de registros oficiales sobre el estado civil de las personas. La certeza absoluta en este ámbito se obtiene mediante el certificado de nacimiento del facultativo que asiste al parto. Desconocido el dato cronológico, la determinación de la edad de un joven sólo puede llevarse a cabo mediante estimaciones sobre su edad biológica a partir del grado de maduración de ciertas estructuras anatómicas. La evolución y desarrollo de los seres humanos no es lineal, como construimos el tiempo, sino irregular, está influenciada por factores biológicos y ambientales diversos, algunos de difícil identificación, otros de incierto alcance como la etnia o el grupo de población de procedencia.

Por ello, para adoptar la decisión sobre ese elemento de hecho el Tribunal precisa del auxilio de las ciencias forenses, que le proveerán de la información y de la opinión necesaria para alcanzar, o no, el grado suficiente de comprobación de la hipótesis de la mayor edad. Se trata de suficiencia de la evidencia, toda vez que si no se puede afirmar con una alta probabilidad científica la edad, la alternativa es la mayoría de edad a tenor de las reglas de interpretación jurídica que resultan aquí relevantes.



El juez debe controlar la prueba científica y no conformarse con recibir la opinión experta de manera acrítica para ello, está obligado a verificar la calidad de la pericia, su rigor y grado de fiabilidad, precisamente para evitar errores inducidos por la apariencia de autoridad que le confiere la calificación de ciencia. De lo contrario, puede otorgar valor probatorio en el proceso de su decisión a un conocimiento inadecuado o falto de validez. La metodología que ofrece el estado actual de la medicina legal es variable, pero existe consenso en la necesidad de utilizar varias técnicas de diagnóstico, cada una con sus propios medios auxiliares, y en combinar el resultado de todas ellas para sustentar un diagnóstico fiable. Resulta imprescindible acudir, por un lado, a la exploración física para hallar las medidas antropométricas y los signos de madurez sexual, por otro indagar el grado de maduración ósea mediante varias técnicas como son la exploración radiológica de la muñeca izquierda, el examen de la dentición con especial atención al tercer molar, con ayuda de la ortopantomografía, y el estudio del extremo medial esternal de la clavícula.

En este sentido, en los países europeos han sido publicadas unas recomendaciones del "Grupo de Estudio sobre Estimación Forense de la Edad (AGFAD)", que fue fundado en Berlín en marzo de 2000, con el objetivo de obtener un consenso entre científicos acerca de utilizar los métodos más apropiados en situaciones específicas y realizar unas recomendaciones sobre la estimación forense de la edad. Se trata de unas guías para las estimaciones forenses de la edad cronológica en sujetos vivos que se encuentren sometidos a un proceso penal. Inicialmente eran un grupo de investigadores del Instituto de Medicina Legal de Berlín que básicamente recomienda realizar en estos sujetos las siguientes exploraciones: 1) Anamnesis y exploración física completa con registro de datos antropométricos, signos de maduración sexual e identificación de enfermedades o procesos que puedan alterar el desarrollo madurativo del individuo. 2) Una radiografía de la muñeca y la mano izquierdas. 3) Examen oral del estado de la dentición y la práctica de una ortopantomografía para valorar radiológicamente todas las piezas dentarias. 4) En aquellos sujetos mayores de 18 años que interese conocer si tienen más o menos de 21 años, recomiendan realizar una radiografía adicional o una Tomografía Axial Computerizada (TAC) de las clavículas, para valorar el desarrollo de la articulación costoesternal.

Dichos autores han recomendado que los datos se analicen uno a uno y también en combinación y que la valoración global la realice un experto médico forense con experiencia, siendo aconsejable contrastar los datos con estudios de referencia con sujetos del mismo país, raza y sexo si es posible, y se encuentran disponibles dichos estudios, debiendo considerarse, al escoger dichos estudios, factores, las variables étnicas, socioeconómicas y de patología, así como el grado de error intra e interobservador de cada prueba. También deben valorarse como factores de corrección de los resultados obtenidos, el estado socioeconómico del sujeto a analizar en relación al grupo control comparado, y, posibles patologías.

Desde esta perspectiva, se ha de hacer notar que la radiología simple del carpo de la muñeca izquierda para la predicción de la edad cronológica a través de la edad ósea, por el método de Greulich y Pyle (edad ósea), es la prueba que más se utiliza a los efectos de determinación de la edad de menores indocumentados, pero sus resultados no son absolutos, sino limitados. Como cualquier método de predicción, no se obtienen con él datos exactos y presenta desviaciones. Se ha de recordar que este método consiste en comparar los resultados con los estándares (en imágenes) del Atlas de Greulich y Pyle (Radiographic Atlas of skeletal development of hand and wrist), o si se quiere, con referencia a la maduración ósea que presenta la media de la población a una determinada edad cronológica y que está basado en mediciones realizadas en niños de raza blanca en Estados Unidos y Europa, sin tomar en consideración las características étnicas, sociales, culturales, nutricionales y medioambientales que pueden tener una importante influencia en el desarrollo y madurez física y psíquica de la persona.

En el presente caso, el informe médico de prueba ósea es muy escueto, y se limita exclusivamente a indicar que en esa fecha de su emisión Enrique Octavio, Estanislao Horacio y Mateo Marcos, tienen una edad ósea de 17 años (Greulich-Pyle). Se presume, porque no se indica textualmente en el informe, que ninguno de los examinados ha alcanzado en esa fecha de emisión del dictamen la maduración ósea, por la fusión completa de todos los cartílagos del crecimiento. Se comprenderá, porque corresponde a la experiencia común, que no existe una uniformidad en el desarrollo esquelético y esta clase de pruebas del examen radiológico de la mano izquierda está basada en métodos estadísticos o, si se prefiere, los resultados que se obtienen son siempre en términos de probabilidad. De manera que la evaluación de la edad de un niño o adolescente por esta clase de métodos está sujeta a desviaciones y márgenes de error, no siendo extraño que existan ciertas diferencias entre la edad de maduración ósea y la edad real, siendo científicamente compatibles ambas realidades, lo cual, por lo demás, viene siendo señalado insistentemente por las Clínicas Médico Forenses. Es más, en las recomendaciones a España del informe Separated Children in Europe de Human Rights Watch se expresa que las determinaciones de edad basadas en el examen de los huesos de la muñeca deberían incluir un margen de error de al menos veinte meses. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su reciente informe de noviembre de este año 2010, ha recomendado a España que elabore un protocolo



uniforme para los métodos de determinación de la edad y asegurar que estos procedimientos se llevan a cabo " con métodos seguros y científicos". Por ello, siendo cierto que en las pruebas médicas que se efectúan para la determinación de la edad existe margen de error, tal como puso de relieve y consta en el Informe elaborado por el Defensor del Pueblo de España con importantes consecuencias legales, existe consenso en combinar el resultado de todas ellas para sustentar un diagnóstico fiable, motivo por el que se acude a la exploración física, la maduración ósea (exploración radiológica de la muñeca), examen de la dentición con ayuda de la ortopantomografía y estudio de la clavícula en su caso.

Teniendo presente, por tanto, que los informes obrantes en las actuaciones son asaz sucintos, se han limitado a la radiología simple del carpo de la muñeca izquierda para la predicción de la edad cronológica a través de la edad ósea, por el método de Greulich y Pyle, sin haber acudido a la anamnesis y exploración física completa con registro de datos antropométricos, signos de maduración sexual e identificación de enfermedades o procesos que puedan alterar el desarrollo madurativo del individuo, ni al examen de la dentición con ayuda de la ortopantomografía, arrojando los resultados en todos ellos una edad de diecisiete años, de modo que aplicando el margen de error de las recomendaciones a España del informe Separated Children in Europe de Human Rights Watch, los examinados podrían ser mayores de edad, no se puede tener por probado, más allá de toda duda razonable, que los tres examinados fuesen menores de edad, siendo así que cualquier duda en esta cuestión, ha de resolverse a favor de reo.

QUINTO.- Por último, dadas las alegaciones efectuadas por la defensa del acusado, ha de descartarse cualquier atisbo de concurrencia de error en la conducta del acusado, quien ejecutó los hechos consciente y voluntariamente.

A este respecto, se ha de recordar que el artículo 14 del Código Penal establece que "1.- El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2.- El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3.- El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados".

Dicho precepto ha sido objeto de interpretación por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, señalando, entre otras, en sentencia de fecha 2 de Octubre de 2.007, que "el dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (error iuris) que correspondería a la ignorancia.

Pues bien como señala la sentencia de esta Sala 181/07 de 7 de Marzo, remitiéndose a las sentencias núm. 865/05 de 24 de Junio y 1.141/97 de 14 de Noviembre, constituye uno de los avances fundamentales del Derecho Penal contemporáneo el reconocimiento, en el Derecho positivo de los diferentes países, de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho está legalmente permitido, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible.

Tal doctrina de la conciencia de la antijuridicidad y del error de prohibición aparece recogida por primera vez en nuestro Código Penal como consecuencia de la importante modificación legislativa de 1.983, que introdujo el artículo 6, bis, a), regulador, aunque sin usar esta terminología, de las dos clases de error que conocemos como error de tipo (error sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrava la pena) y el error de prohibición (creencia errónea de estar obrando lícitamente). En términos semejantes se pronuncia ahora el Código Penal de 1.995 en su artículo 14. El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente, como decía el texto del anterior artículo 6, bis, a), en su párrafo 3º, o como del modo aún más expresivo podemos leer ahora en el mismo párrafo del vigente artículo 14 "error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal". Sólo hay un error de esta clase cuando se cree obrar conforme a Derecho, sin que tenga nada que ver con esto el caso en que el autor del delito piense que la infracción cometida es más leve de como en realidad la sanciona la Ley Penal. Únicamente se excluye (o atenúa) la responsabilidad



criminal por error de prohibición cuando se cree obrar conforme a Derecho, no cuando hay una equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta.

Conviene añadir, además, que el error de prohibición no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda, como ha señalado la referida sentencia de 14 de Noviembre de 1.997, núm. 1.141/97. La duda es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia para que sea propiamente tal ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto (véase el Diccionario de la Real Academia de la Lengua). Hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo 698/06 de 26 de Junio, precisa que para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto de un proceder antijurídico, pues basta con que tenga bien determinante comprobar las circunstancias concurrentes, como la específica preparación y profesionalidad del sujeto y lo que le es exigible en el marco de su actuación. en el mismo sentido habrá de ponderarse si al sujeto le era imposible llevar a cabo una comprobación más eficiente de la situación fáctica concurrente".

La STS de 23-11-2006 analiza ambos tipos de error incidiendo especialmente en el error de prohibición y su evitabilidad, diciendo que "...La clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas con esta denominación en el art. 14 CP., se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad. El error de prohibición consiste en la creencia del agente de obrar lícitamente y se configura como el reverso de la antijuridicidad. Como recuerdan las sentencias Tribunal Supremo 17/2003 de 15.1 (RJ 200327), 755/2003 de 28.5 (RJ 2003279), 862/2004 de 28.6 (RJ 2004909), 601/2005 de 10.5 (RJ 2005673), la doctrina y la Ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS 457/2003 de 14.11 (RJ 2003929), que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 del Código Penal.

Ahora bien la cuestión de evitabilidad del error de prohibición ha sido planteada generalmente -como precisa la STS 755/2003 de 28.3 antes citada- en relación a errores directos sobre la norma. Los criterios, referentes a la evitabilidad, por lo tanto, se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Pero, el error indirecto sobre la ilicitud de la acción, como se dijo, puede provenir tanto de un error sobre los hechos o sobre la significación normativa del hecho. Aquí no se trata sólo de casos en los que el autor podía informarse de la existencia de la causa de justificación en el orden jurídico, sino también de casos, en los que, en las circunstancias del hecho, cabe exigir al autor una comprobación más o menos profunda respecto de los presupuestos de hecho o de la necesidad de su acción.

No obstante para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal es esencial que sea probado por quien lo alega (SS. 20.2.98 [RJ 1998742] y 22.3.2001 [RJ 2001357]), y como decíamos en las STS 1171/97 de 29.9 (RJ 1997830) y 302/2003 de 27.2 (RJ 2003520):

a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (Sentencia de 29 noviembre 1994 [RJ 1994151]), de la misma manera y en otras palabras (Sentencia de 16 marzo 1994 [RJ 1994319]), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad no la seguridad absoluta del proceder incorrecto; y

b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, la STS 11.3.96 (RJ 1996906), afirma que no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hechos desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas pues su ilicitudes notoriamente evidente.

La apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.



En esta dirección las SSTS 755/2003 de 28.5 (RJ 2003279) y 721/2005 de 19.5 (RJ 2005941), abordan el núcleo de la discusión de este recurso, la valoración sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error de prohibición, afirmando que ésta ha sido planteada generalmente en relación a errores directos sobre la norma. Los criterios, referentes a la evitabilidad, por lo tanto, se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Pero, el error indirecto sobre la ilicitud de la acción, como se dijo, puede provenir tanto de un error sobre los hechos (p. ej. sobre la realización de un movimiento corporal determinado) o sobre la significación normativa del hecho (p. ej. interpretar como un ataque lo que en realidad no lo es o suponer necesaria una acción de defensa que no lo es o suponer necesaria una acción de defensa que no lo es). Aquí no se trata sólo de casos en los que el autor podía informarse de la existencia de la causa de justificación en el orden jurídico, sino también de casos, en los que, en las circunstancias del hecho, cabe exigir al autor una comprobación más o menos profunda respecto de los presupuestos de hecho o de la necesidad de su acción de defensa.

Ciertamente no es fácil proporcionar criterios de medición de este aspecto de la norma. En términos generales, puede señalarse que un criterio racional y seguro en la delimitación de la vencibilidad es el de la existencia de un comportamiento alternativo, de manera que habrá de indagarse si el sujeto activo pudo actuar de modo alternativo a la situación de hecho sobre la que actúa, para lo que será, también, determinante comprobar las circunstancias concurrentes, como la específica preparación y profesionalidad del sujeto y lo que le es exigible en el marco de su actuación. En el mismo sentido habrá de ponderarse si al sujeto le era imposible llevar a cabo una comprobación más eficiente de la situación fáctica concurrente en función del temor que le pudiera producir la representación de su errónea creencia.

También ha de ponderarse que el margen de error es distinto cuando la situación fáctica a valorar parte de una agresión real, aunque dimensionada de forma errónea, que cuando la agresión es irreal, pues, en esta caso, «el derecho debe dispensar una mayor protección al que no ha generado ningún peligro para sí mismo» STS 755/2003...

En cuanto al error de tipo, la STS de 24-6-2005 advierte que "...Dicho error de tipo ha sido menos abordado por la jurisprudencia de esta Sala. Recae, como sabemos, sobre un elemento sustancial de la infracción criminal, de modo que el agente cree estar obrando lícitamente, a pesar de conocer que la norma prohíbe ese comportamiento delictivo con carácter general (error de prohibición). Requiere, por consiguiente, una prueba plena sobre tal errónea creencia, que ha de ser un comportamiento excepcional, y que ha de ser valorado de acuerdo con las características propias del caso concreto sometido a la valoración del Tribunal...". La STS de 5-2-2001 también señala que "...La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea [anterior artículo 6 bis a) del CP/1973 (RCL 1973255 y NDL 5670), hoy art. 14 CP 1995], excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme, y por ello si hay duda sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal, no se puede hablar de error en el tipo sino de dolo eventual(STS 5 abril 1993 [RJ 1993036]). Así, en el Auto de 28 de febrero de 1996 (RJ 1996332), analizando un supuesto idéntico, en que se planteó el error sobre la edad de las víctimas de unos abusos sexuales se mantiene que salvo prueba palpable de tal conocimiento equivocado no puede acogerse tal expediente atenuatorio e incluso exculpatario.

El error en el tipo, como problema de tipicidad porque afecta a algún elemento esencial de la infracción, o el error de prohibición, como problema de culpabilidad por la creencia errónea de obrar lícitamente, son estados de la mente que directamente afectan a la responsabilidad criminal en distinta medida según que la motivación de la errónea creencia sea vencible o invencible.

El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse. Tampoco se da aquél si el agente está seguro de su proceder antijurídico o tiene conciencia de la alta probabilidad de lo injusto de su conducta. Las condiciones psicológicas y las circunstancias culturales del infractor son fundamentales a la hora de determinar la creencia íntima de la persona, a la vista de sus conocimientos técnicos, profesionales, jurídicos y sociales..."

La STS de 22-5-2001 analiza un supuesto de error en un delito contra la salud pública, que se dice de tipo, cuando en realidad lo que se alega es la ausencia de dolo en la conducta realizada, diciendo que "...El primer motivo de casación contra la sentencia de instancia se formula por el cauce procesal del art. 849.1º LECrimpor infracción de ley que se habría producido, al decir del recurrente, por inaplicación del art. 14.1 CP. Alega el motivo como fundamento de la censura, que el acusado «ignoraba que pudiera transportar droga en la maleta que se le había confiado para su posterior entrega a su amigo señor Sergio Urbano ., quien posteriormente desaparece de su domicilio...».



En realidad, el desarrollo argumental del reproche aparece equivocado, porque lo que se plantea no es un error de tipo que contempla el invocado art. 14.1 CP, esto es, no se alega que el acusado tuviera un conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos en la figura típica que configuran el tipo penal. Lo que en verdad se cuestiona es la concurrencia en el acusado del elemento culpabilístico de la infracción, es decir, del dolo requerido por el tipo penal que constituye el elemento subjetivo del delito, integrado por el conocimiento de que se transporta -clandestina y subrepticamente- sustancias prohibidas por la ley, y por la voluntad de realizar la acción...". De todo lo anterior se puede concluir que, con carácter general, y en relación con el tema del error invencible, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se "mueve" en los siguientes parámetros: a) excepcionalidad e individualización del error, pues la regla general es que la ignorancia de la ley no evita su incumplimiento, debiendo ser probado por quien lo alega (STS 19-10-94; 23-11-93, entre otras); b) "el error ha de demostrarse indubitado y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse..." (STS de 11-9-96 que cita a su vez otra STS de 28-3-94), de tal forma que "el error de prohibición exige que halle seriamente fundado y demostrado mediante afirmaciones de hecho estampadas en la sentencia, que lo evidencien de modo incontestable" (STS 8-10-93); c) han de tenerse en cuenta las circunstancias psicológicas y de cultura del infractor, y de otro lado, las posibilidades que se ofrecieron de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitieran conocer la trascendencia jurídica de obrar (STS 20-10-90; 19-10-94); "la apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho, y subjetivas del autor" (STS 11-3-69). Por último, la STS de 27-1-2004 exige que sea el propio procesado quien pruebe y acredite de forma suficiente la existencia del error que él mismo alega y aduce en el proceso, señalando dicha sentencia que "... esta Sala en sentencias como las de 29-9-97 (RJ 1997830), 29-11-97 (RJ 1997535), 25-3-98 (RJ 1998952), ó número 1288/2000 de 18 de julio (RJ 2000461), ha precisado que si bien el error sobre un elemento esencial integrante de la infracción o que agrave la pena excluye la responsabilidad criminal o la agravación, no debe olvidarse que para que ello suceda es absolutamente imprescindible que tal extremo se halle demostrado y fundado mediante afirmaciones que lo contengan o evidencien estampadas en la sentencia de que se trate, no siendo bastantes en modo alguno las subjetivas e interesadas declaraciones del culpable. Y que desvirtuada la presunción de inocencia que sólo cubre la dispensa de prueba frente a los hechos constitutivos de la pretensión acusatoria, subsiste la precisión de probar los impeditivos que el acusado introduce en el proceso..."

La STS, sala 2ª, de fecha 5 de marzo de 2009, significa ".Como recuerda la STS 737/2007, 13 de septiembre, la doctrina de la Sala Segunda, desde la introducción del art. 6 bis a), operada por la reforma de 25 de junio de 1983, ha venido haciendo un esfuerzo de delimitación conceptual acerca de una materia -la trascendencia penal del error- sobre la que no siempre se razonaba con precisión. De ahí que se en la actualidad se asuma, en coincidencia con la nomenclatura del legislador, luego repetida en el vigente art. 14 del CP, la distinción entre error de tipo - imbricado con la tipicidad- y error de prohibición -afectante a la culpabilidad-. Tal vinculación con la tipicidad y la culpabilidad es ya una constante en nuestra jurisprudencia (cfr. SSTS 411/2006, 18 de abril; 721/2005, 19 de mayo; 709/1994, 28 de marzo; 873/1994, 22 de abril y 12 diciembre 1991).

Así pues, es entendimiento común en la jurisprudencia de esta Sala que en el art. 14 se describe, en los dos primeros números, el error de tipo, que supone un conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo. Esta clase de error tiene distinta relevancia, según recaiga sobre los elementos esenciales del tipo, esto es, sobre un hecho constitutivo de la infracción penal -núm. 1- o sobre alguna de las circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven. - núm. 2-. En el primero de los casos, sus efectos se subordinan al carácter vencible o invencible del error. En el segundo, la simple concurrencia del error sobre alguna de aquellas circunstancias cualificativas, impide la apreciación de ésta. En el número 3º se otorga tratamiento jurídico al error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuricidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre un error sobre la norma prohibitiva -error de prohibición directo- o un error sobre la causa de justificación -error de prohibición indirecto-. En los términos de la STS 755/2003, de 28 de mayo, "la doctrina y la Ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación".

El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente (STS 123/2001, 5 de febrero), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea (art. 14 CP 1995) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme. En cualquier caso -recuerda la STS 687/1996, 11 de octubre-, el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental



se conozca y sepa la intrínseca ilicitud. No se olvide que basta con que el agente tenga conciencia de la probabilidad de la antijuridicidad del acto, para que no pueda solicitar el amparo del artículo 6bis, a) tal y como se desprende de las Sentencias de 29 noviembre, 16 marzo 1994, 12 diciembre y 18 noviembre 1991, entre otras muchas. Insiste la STS 411/2006, 18 de abril que «no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas»(SSTS 11 marzo 1996, 3 abril 1998), añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio ignorantia iuris non excusat, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada» (SSTS 12 noviembre 1986 y 26 de mayo de 1987..".

Por su parte, la STS de fecha 13 de julio de 2010, pone de manifiesto que ".Como expone la sentencia de esta Sala de 31-3- 2010, nº 319/2010, del examen del artículo 14.3 del CP se desprende que constituyen supuestos de error de prohibición, aquellos en los que el autor ha tenido un conocimiento correcto de las circunstancias determinantes de la ilicitud pero ha obrado creyendo que la realización del tipo no estaba prohibida por la ley o no ha obrado en la creencia que la realización de la acción no estaba ordenada por la ley.

Esa creencia errónea de estar obrando lícitamente puede tener distintas manifestaciones: bien porque exista desconocimiento de la existencia de la prohibición o del mandato de acción (error de prohibición directo); o bien por la suposición de una causa de justificación que en realidad el ordenamiento jurídico no prevé (error de prohibición indirecto) o creencia errónea de obrar lícitamente por la suposición de los presupuestos de una causa de justificación prevista en el ordenamiento jurídico.

Es decir, acorde con el artículo 14 del Código Penal existirá error de prohibición en aquellos supuestos en los que el autor ha creído obrar lícitamente bien porque el hecho no está prohibido o porque supone que está autorizado para obrar como lo ha hecho.

Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, pues ésta no es incompatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a la tipicidad subjetiva (STS 1141/97, de 14 de noviembre).

Por otra parte, el presupuesto del error de prohibición debe ser alegado y racionalmente expuesto, pues dadas las funciones que en un Estado democrático realiza la norma penal, valoradora, sancionadora y determinante de conductas, es razonable afirmar el conocimiento por los ciudadanos de la antijuridicidad de la norma sancionadora, pues forma parte de la cultura de España, país en el que vive el acusado (Cfr. STS de 4-3-2010, nº 174/2010).

Corresponde a quien lo alega, y su defensa, exponer las condiciones que hacen que en el sujeto concreto concurre el supuesto de exclusión de la responsabilidad penal, o su atenuación, por la concurrencia del error; y su razonabilidad deberá ser extraída de condicionamientos particulares que concurren en el sujeto, y bien entendido que, como ha declarado la Sala II, resulta inverosímil, y por lo tanto inadmisibles la invocación del error de prohibición cuando se trata de "infracciones de carácter natural o elemental, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada" (Cfr. STS núm. 71/2004, de 2 de febrero, y las que cita)".

Así pues, en el artículo 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone su conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, con distinta relevancia, según sea sobre los elementos esenciales del tipo (nº. 1), y a su vez vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (nº. 2);(sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1.995); y en el nº. 3, el error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre un error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo) y un error sobre una causa de justificación (error de prohibición indirecto).

La jurisprudencia, después de destacar la dificultad en determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que debería probarse (sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1.990; 22 de Enero de 1.991; 25 de Mayo de 1.992; 7 de Julio de 1.997; 20 de Febrero de 1.998; 22 de Marzo de 2.001), tanto en su existencia como en su carácter invencible(sentencias de Tribunal Supremo de 28 de Marzo y 30 de Junio de 1.994), siendo más proclive a sufrir error una persona de escasa cultura o experiencia, que otra que posea esas condiciones. Dicha prueba corresponderá a la persona que en su favor alega la existencia del error de prohibición, al ser un alegato impeditivo, obstativo o extintivo de la responsabilidad criminal.



Así, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de Octubre de 1.995 ha señalado que "no es fácil normalmente acreditar la conciencia de la significación antijurídica de determinados actos. De ahí que, situados en el área tan delicada como excepcional del llamado error de prohibición, con sus posibles efectos excluyentes de la responsabilidad, la carga de la prueba haya de ponerse del lado de quien lo alega, con exigencias que inclinan al ejercicio de un cierto rigor, la causa liberadora de responsabilidad ha de estar tan probada como el hecho mismo. El error de prohibición no será acogible cuando en un orden de pensar normal, conforme a cánones habituales consagrados por la experiencia y el sentir social, no existan motivos para concluir que el agente se hallase desprovisto de la normal conciencia de antijuridicidad o, al menos, de la fundada sospecha de que su proceder es contrario a Derecho. Cual expresa la sentencia de 18 de noviembre de 1.991, el claro significado subjetivista de la culpabilidad abarca y comprende el conocimiento exacto de la ilicitud del hecho, intencionalidad anímica que ha de derivarse de la propia libertad con que toda conducta humana debe primariamente desenvolverse, aspecto ciertamente complejo y difícil de determinar que pertenece al arcano íntimo de la conciencia de cada persona".

En el presente caso, pues, no puede apreciarse ningún tipo de error en la conducta del acusado, pues, sin duda, era perfecto conocedor de que la conducta que estaba desplegando era una conducta ilícita, tal y como se desprende de la forma en que se pretendía acceder al territorio nacional, esto es, clandestinamente mediante una patera ocupada por inmigrantes indocumentados fuera de los puntos destinados a tal efecto, habiendo el acusado cobrado por ello, y, además, tratado de ocultar su implicación en la realización de la singladura arrojando el aparato GPS y el cuchillo con que amedrentó al resto del pasaje, así como tratando de mezclarse con los demás en el momento de advertir la presencia del equipo de salvamento marítimo, amén de hallarnos ante un delito que se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común y elemental conocimiento, más si se tienen presentes las constantes noticias que al respecto se hacen públicas diariamente y, particularmente, en relación a las travesías desde las costas africanas y hacia el Reino de España, teniendo el acusado, por tanto, la necesaria conciencia de la antijuridicidad de su conducta por lo que la condena resulta inexorable. Recuérdese que tal como indica el Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 28-10-1998, la conciencia de la antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito, siendo suficiente con saber, a nivel profano, que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que realiza. El contenido de ese elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o lo que se omite está prohibido por las leyes, sin mayores concreciones, sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse, basta, en definitiva, conocer la ilicitud de su propio obrar. Como significa la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2.006, ".La conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Para incurrir en responsabilidad penal no hace falta conocer ni siquiera que hay un Código Penal que castiga determinadas conductas. Basta con saber, a nivel profano, que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben ese comportamiento. El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las leyes, sin mayores concreciones, sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse".

SEXTO.- Autoría. Por su participación voluntaria, directa y material en los hechos relatados en esta sentencia se considera al acusado Sergio Urbano autor criminalmente responsable del delito antes definido de acuerdo con el art. 28 pfo.1º del CP.

SÉPTIMO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo demás, no alegadas ni probadas por ninguna de las partes intervinientes.

En este sentido es de destacar la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 24-9-2002 (núm. 1560/2002) (Rº 675/2001) cuando recuerda lo siguiente: "... la doctrina de esta Sala ha declarado reiteradamente que la obligación del órgano sentenciador es la de responder a todas las pretensiones de naturaleza jurídica planteadas por las partes en tiempo y forma, y que ese juicio de congruencia viene referido a las cuestiones de tal naturaleza que se plasmen en el trámite de conclusiones definitivas, y así lo ha recordado la TS S de 15 Mar. 1999, entre otras, al reiterar que «conforme a lo dispuesto en el art. 737 de la LECrim . los informes orales de los defensores de las partes se acomodarán a las conclusiones que definitivamente hayan formulado, y es a dichas conclusiones a las que debe dar respuesta motivada la sentencia impugnada, y no a cualquier supuesta alegación verbal, formulada extemporáneamente, ajena a las conclusiones y sin constancia en las actuaciones. El objeto definitivo del debate queda concretado de modo inexorable en la calificación definitiva». Del mismo



modo, la TS S de 22 Ene. 1997 insiste en que «se tiene que tratar de aspectos jurídicos de la calificación definitiva que, alegados por las partes, exijan un pronunciamiento expreso de la Sala sentenciadora. Para determinar si estas cuestiones han sido debidamente planteadas debemos acudir a los escritos de calificación en los que las partes detallan sus posicionamientos fácticos y jurídicos. La lectura de las que presentó la defensa en la fase de calificación provisional nos muestran, como ya se ha dicho, un absoluto silencio sobre la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, posición que se mantiene después de practicada la prueba en el acto del juicio oral. Como puede observarse por la lectura del acta del juicio oral, una vez practicada la pericial, las partes elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales sin hacer mención a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Esta vía era la única accesible para que la Sala sentenciadora tuviese que pronunciarse sobre una cuestión jurídica que hubiese sido expresamente suscitada por la defensa del acusado».

OCTAVO.- Penalidad. La pena tipo prevista en el artículo 318 bis del Código Penal, es de prisión de prisión de cuatro a ocho años, pena que habrá de ser impuesta en su mitad superior en el caso del apartado segundo del mentado artículo, como ocurre en el caso de autos, al haber obrado el acusado con ánimo de lucro y poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas.

Dentro de la extensión de la pena prevista en el artículo 318 bis .1 y .2 del Código Penal, al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y de conformidad con lo previsto en el art 66, 6ª CP, valorando que el acusado no tiene antecedentes penales, más al tiempo, que concurren no sólo una sino dos circunstancias de las que abocan a la aplicación del subtipo agravado del apartado segundo, el ánimo de lucro y el peligro para la vida, la salud o la integridad de las personas, peligro éste que no se limitó a constituir un peligro abstracto sino que se concretó en un peligro cierto de perecer los ocupantes de la embarcación ahogados al quedar la patera a la deriva con el motor averiado y anegándose ante un fuerte oleaje, así como la circunstancia de haber llegado a emplear un cuchillo para amedrentar a los ocupantes de la patera con la finalidad de mantener la disciplina en la embarcación y evitar ser deletado por los mismos, cumple imponer al referido acusado la pena de PRISIÓN SIETE AÑOS, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, conforme a los artículos 44 y 56 del Código Penal.

NOVENO.- Conforme a los artículos 109.1 y 116.1 del Código Penal, la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar en los términos previstos por las Leyes los daños y perjuicios por él causados, de modo que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente, si del hecho se derivaren daños y perjuicios; quedando conferida la determinación cuantitativa de los daños e indemnizaciones al razonado arbitrio judicial por el artículo 115 del propio Código. Lo que no tiene lugar en el caso de autos, en que nada se ha reclamado en este concepto, dadas las conclusiones definitivas efectuadas por las partes acusadoras.

En este sentido, ha de recordarse que la acción civil aún cuando se ejercita dentro del procedimiento penal no pierde su naturaleza propia, rigiéndose por los principios que le son innatos entre los que se encuentran el dispositivo, el de aportación de parte y el de rogación, que implican que para poder otorgar una indemnización por daños y perjuicios lo primero que se exige es que sean reclamados bien por el perjudicado (artículo 110 LeCrim), bien por el Ministerio Fiscal en nombre de aquél (artículo 108 LeCrim), sin que en cualquier caso el juzgador pueda otorgar más de lo pedido ni cosa distinta de la solicitada. A este respecto enseña TS Sala 2ª, S 25-1-1990 "Es importante destacar, dados los términos de la denuncia analizada, que la acción civil ex delito no pierde su especial naturaleza por el hecho de ser deducida en el proceso penal (vid. art. 117 del Código Penal) por lo cual la misma debe quedar sometida a los principios de rogación y de congruencia, lo cual implica la necesidad de determinar su cuantía y la exigencia de no condenar por mayor responsabilidad civil de la pedida (vid. Sentencia de 24 de marzo y 6 de abril de 1984)". En consecuencia no procede condena en concepto de responsabilidad civil, pues nada ha sido interesado en tal concepto por la única parte acusadora.

DÉCIMO.- Costas. Han de imponerse las costas procesales causadas a quienes se han declarado como autores de un delito o de una falta, y ello por imperativo del artículo 123 del Código Penal.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y observancia, en nombre de S.M. el Rey y por la Autoridad que me confiere la Constitución de la Nación Española.

FALLO

Que debemos condenar y CONDENAMOS al acusado Sergio Urbano , como autor criminalmente responsable de un delito consumado contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, con abono del tiempo de privación de libertad que haya podido sufrir preventivamente por razón de estos hechos, salvo



eventual abono previo en anterior procedimiento, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al abono de las costas procesales.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a la partes advirtiéndoles que contra esta resolución pueden interponer RECURSO DE CASACIÓN, que deberá anunciarse en la forma establecida en los arts. 855 y 856 de la LECRIM ante este mismo Tribunal en el plazo de CINCO DÍAS a contar desde la última notificación de la presente.

Líbrese testimonio de esta resolución para su unión a los autos de su razón.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ