

Roj: STS 5082/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5082
Id Cendoj: 28079120012013100772

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 10487/2013

Nº de Resolución: 769/2013

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Octubre de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Quinta con Sede en Cartagena, de fecha 15 de marzo de 2013 . Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes, los acusados Eleuterio y Julio , representados por la procuradora Sra. Cabezas Maya. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Cartagena instruyó Procedimiento Abreviado 72/12, por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjero, contra Eleuterio y Julio , y lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia con Sede en Cartagena, cuya Sección Quinta dictó sentencia en fecha 15 de marzo de 2013 con los siguientes hechos probados:

"Son hechos probados, y así se declaran, que los acusados, Eleuterio , NIE NUM001 , mayor de edad, natural de Argelia y sin residencia legal en España, y Julio , NIE NUM002 , natural de Argelia y sin residencia legal en España, quienes de forma habitual se dedican a trasladar e introducir ciudadanos argelinos en España mediante embarcaciones tipo patera, habiendo sido expulsados en diversas ocasiones del territorio español, en concreto Eleuterio en tres ocasiones y Julio en seis ocasiones, siendo la última en fecha 23 de agosto de 2012, el día 16 de septiembre de 2012, sobre las 23:30 horas, con la embarcación tipo patera de unos 4,5 metros de eslora, con un motor Yamaha de 30 CV, que patroneaban, comprobando la brújula que portaba y pilotándola, partieron desde la playa de Bouski Sidi Lakhdar, en la costa de Mostaganem en Argelia, con otros 14 varones de origen argelino, todos ellos mayores de edad, habiendo entregado alguno de éstos hasta seis millones de dinares, con dirección a las costas españolas; cuya embarcación, sobre las 21:15 horas del día 17 de septiembre de 2012, fue avistada a 10 millas de la costa de Cartagena por el Servicio de Salvamento Marítimo de esa ciudad, procediéndose al traslado hasta el puerto de la misma por una embarcación de la Guardia Civil".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a cada uno de los acusados, Eleuterio y Julio , como autores penalmente responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, previsto y penado en el artículo 318 bis 1 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de seis años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales por iguales partes.

Para el cumplimiento de las penas impuestas se abonará a los acusados el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa.

Comuníquese esta resolución a los registros correspondientes.

Notifíquese esta sentencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciéndose saber que, en virtud de lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra la misma cabe interponer recurso de casación dentro de los cinco días siguientes a la última notificación".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la Procuradora de los acusados Eleuterio y Julio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación de los recurrentes basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , en relación con el punto 4º del art. 5 de la LOPJ por violación del art. 24 de la CE . SEGUNDO.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECr , en relación con el art. 5.4 de la LOPJ 6/85, de 1 de julio, como presunción iuris tantum, el principio de presunción de inocencia que consagra el art. 24.2 de la CE . TERCERO.- Por vulneración del principio de seguridad jurídica establecido en el art. 9.3 de la CE en relación con la tutela judicial efectiva a causa de la deficiente grabación. CUARTO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la LECr ., al considerar que se ha infringido lo dispuesto en el art. 434 del CP . QUINTO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr ., al considerar que se han infringido los art. 440 párrafo 3º, 443 y 444 de la LECr ., SEXTO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º por infracción del art. 4.5º de la Ley 19/94 de protección de testigos y peritos. SÉPTIMO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr ., por infracción del art. 439 de la misma ley . OCTAVO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr ., por indebida aplicación. NOVENO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º por no aplicación de la eximente del art. 20.5 o 21.1 del C.P . DÉCIMO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º por indebida aplicación del art. 66 del C.P . UNDÉCIMO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 de la LECr . En relación con el art. 5 apartado 1 de la LOPJ .

5.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 8 de octubre de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, condenó en sentencia dictada el 15 de marzo de 2013 a Eleuterio y Julio , como autores penalmente responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, previsto y penado en el artículo 318 bis 1 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales por iguales partes.

Los hechos objeto de condena se resumen, a modo de introducción, en que los acusados, Eleuterio y Julio , ambos de nacionalidad argelina, quienes de forma habitual se dedican a trasladar e introducir ciudadanos argelinos en España mediante embarcaciones tipo patera, el día 16 de septiembre de 2012, sobre las 23:30 horas, con una embarcación de esa clase, de unos 4,5 metros de eslora y un motor Yamaha de 30 CV, que patroneaban, partieron con dirección a las costas españolas desde la playa de Bouski Sidi Lakhdar, en la costa de Mostaganem (Argelia), transportando a bordo 14 varones de origen argelino, todos ellos mayores de edad, alguno de los cuales había abonado hasta seis millones de dinares. La embarcación fue avistada a 10 millas de la costa de Cartagena (Murcia) por el Servicio de Salvamento Marítimo de esa ciudad, sobre las 21,15 horas del día 17 de septiembre de 2012, procediendo una patrullera de la Guardia Civil a trasladarla hasta el puerto de Cartagena.

Contra la referida condena formularon un recurso común de casación ambos acusados.

PRIMERO . 1. En el **primer motivo** denuncian los dos recurrentes, con sustento procesal en los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , la vulneración del art. 24.2 de la Constitución por haberse fundamentado la sentencia en una prueba de cargo que no habría sido válidamente obtenida, careciendo así la condena de base probatoria.

Alega al respecto la defensa que el fallo condenatorio se basa fundamentalmente en la **declaración del testigo protegido** que viajaba en la patera, testigo que no compareció a declarar en la vista oral del juicio, sin que se hubieran agotado todas las posibilidades para que se presentara a deponer o lo hiciera mediante videoconferencia, limitándose la Audiencia a reproducir en la vista oral del juicio la grabación digital realizada en la fase de instrucción de la declaración que prestó a presencia judicial y de las defensas.

Frente a las alegaciones de la parte recurrente, argumenta el Tribunal sentenciador que la vista oral del juicio fue señalada para el día 18 de febrero de 2013 y hubo que suspenderla debido a que el testigo protegido

no compareció, informando la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de la Jefatura Superior de Policía de la Región de Murcia que se había marchado a Francia, facilitando una dirección en París y un teléfono de contacto (folio 320). En vista de lo cual, se señaló nuevamente para la celebración del juicio el día 13 de marzo de 2013, previéndose que el testigo protegido declarara mediante videoconferencia a través del auxilio judicial internacional, para lo cual se libró la correspondiente comisión rogatoria a Francia, según figura en la diligencia obrante al folio 342, constando copia de la comisión remitida al efecto. Al margen de lo anterior, la Sala de instancia afirma que intentó contactar con el testigo a través del número de teléfono que había proporcionado, con resultado negativo, según se recoge en la diligencia de 19 de febrero de 2013, obrante al folio 341 de las actuaciones.

Como respuesta a la comisión rogatoria, señala la Audiencia que se recibió un fax de la Embajada de España en París informando de la imposibilidad de practicar la videoconferencia interesada por falta de tiempo material, indicando incluso que, si se deseaba fijar una nueva fecha, debía hacerse con un plazo mínimo de tres meses (folio 374 de las actuaciones). Por otra parte, realizadas las pertinentes gestiones a través de la Brigada policial con las Autoridades Francesas en relación a la averiguación del paradero y posible domicilio del testigo protegido, se tuvo conocimiento de que la dirección facilitada en París era falsa, por lo que el testigo no pudo ser localizado (folios 384 a 386). Visto lo cual, la Audiencia reprodujo la prueba testifical en el juicio oral por el trámite de los arts. 730 y 777 de la LECr., visionándose la grabación digital de la declaración sumarial.

Cita después el Tribunal sentenciador para apoyar la decisión adoptada la sentencia de esta Sala 153/2011, de 25 de febrero de 2011, que en un supuesto similar legitimó la lectura de la declaración sumarial en el plenario por no resultar factible la comparecencia del testigo.

2. La lectura de los folios 384 y 385 de la causa corrobora que los funcionarios policiales realizaron todas las gestiones factibles para localizar al testigo protegido, respondiendo las autoridades francesas el día 6 de marzo de 2013, es decir, después de la primera suspensión del juicio, que no había sido posible localizarlo y que se desconocía su domicilio actual, habida cuenta que los datos proporcionados a la policía española no habían arrojado resultado positivo alguno.

Así pues, se está ante el típico supuesto en que el testigo está ilocalizable y no constan tampoco indicios ni expectativas de que fuera posible hallarlo a corto plazo. Por ello, se acordó reproducir la declaración judicial de la fase de instrucción cuyo contenido figuraba grabado digitalmente, declaración que ha sido visionada en el plenario a presencia de todas las partes.

En relación con la eficacia probatoria de las declaraciones testificales prestadas durante la fase de instrucción, posteriormente incorporadas al juicio oral, se establece en la **sentencia del Tribunal Constitucional 134/2010, de 2 de diciembre**, que " *reiteradamente hemos puesto de manifiesto la trascendencia constitucional del respeto al principio de contradicción en salvaguarda del derecho de defensa*, a la luz de lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos y libertades fundamentales ratificados por España. Por ello, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41 ; de 15 de junio de 1992, caso Lüdi ; de 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51; de 27 de febrero de 2001, caso Lucó, § 40 ; de 10 de noviembre de 2005, caso Bocos Cuesta, § 68 ; y de 20 de abril de 2006, caso Carta , § 49), este Tribunal ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción resulta constitucionalmente aceptable siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado, esto es, **siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor, bien cuando se prestan, bien con posterioridad** (en este sentido, SSTC 155/2002, de 22 de julio ; 148/2005, de 6 de junio ; y 1/2006, de 16 de enero).

En concreto, hemos condicionado - prosigue diciendo la referida sentencia - la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado como: **materiales** (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), **subjetivos** (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), **objetivos** (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada del imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y **formales** (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador (SSTC 80/2003, de 28 de abril ; 187/2003, de 27 de octubre ; y 344/2006, de 11 de diciembre).

Ahora bien, también ha sostenido este Tribunal que lo que nuestra doctrina garantiza no es la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre ; y 142/2006, de 8 de mayo), resultando que dicho principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante 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** (SSTC 80/2003, de 28 de abril ; 187/2003, de 27 de octubre ; y 142/2006, de 8 de mayo .

En consecuencia -añade finalmente el Tribunal Constitucional- , hemos estimado que una declaración realizada en el sumario, sin garantizar en el momento de su práctica la posibilidad de que la defensa del acusado tuviera la oportunidad de interrogar y confrontar las manifestaciones efectuadas por un testigo de cargo, y sin que la falta o déficit de contradicción resultara imputable a la parte acusada o a su defensa, **determina la falta de validez de una prueba que no puede ser sanada después mediante la simple lectura en el acto del juicio oral de la declaración sumarial** -así, SSTC 187/2003, de 27 de octubre , y 344/2006, de 11 de diciembre -. De manera particular, en la STC 115/1998, de 1 de junio , afirmábamos que 'la presencia del recurrente o de su abogado en las diversas ocasiones en las que el coimputado declaró, atribuyéndole determinados hechos delictivos, no fue posible porque el mismo se encontraba en ignorado paradero o en situación formal de rebeldía desde el inicio del procedimiento', por lo que 'el llamamiento no era posible y la causa de la imposibilidad era atribuible en exclusiva al recurrente'. En las SSTC 57/2002, de 11 de marzo y 80/2003, de 28 de abril , apreciamos que cuando se producen las declaraciones inculpativas el recurrente no se encontraba personado en el sumario, debido a que se encontraba huido, por lo que no puede imputarse su falta de intervención en las mismas a una actitud reprochable del órgano judicial. Finalmente, tal déficit era imputable a la defensa en el caso enjuiciado en la STC 2/2002, de 14 de enero , donde el letrado del demandante y los defensores del resto de los imputados estuvieron presentes en la declaración sumarial que inculcaba al demandante y si no formularon preguntas fue debido a su pasividad."

En el mismo sentido se ha pronunciado **esta Sala de Casación** sobre tales extremos, remitiéndose también expresamente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 788/2010, de 22-9 ; 867/2010, de 21-10 ; 153/2011, de 25-2 ; 196/2011, de 23-3 ; y 790/2011, de 27-6 , entre otras). Y así, en la STS 867/2010, de 21 de octubre , se afirma que "La vigencia efectiva del principio de contradicción tiene directa relación con el derecho a un proceso equitativo, o a un proceso con todas las garantías en términos del artículo 24.2 de la Constitución . El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes intervenir activamente en su práctica y en lo que se refiere concretamente a la defensa le facilita la oportunidad de actuar poniendo de relieve los aspectos que a su juicio anulan, alteran o debilitan su valor probatorio, lo que contribuye a su valoración por parte del Tribunal. Cuando se trata de pruebas personales, tal principio se manifiesta en el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes declaran en contra del acusado, derecho expresamente reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas. Por lo tanto, como regla, la privación del ejercicio de este derecho tiene que estar especialmente justificada. Y además, aun así, habrían de reconocérsele algunas consecuencias".

3. En el **caso concreto** se aprecia, a través del visionado de la grabación digital de la declaración que prestó el testigo protegido en la fase sumarial, que la diligencia se practicó a presencia del Juez de Instrucción, y en ella intervinieron, además del Ministerio Fiscal, los letrados de los dos acusados. Estos no solo estaban presentes en el acto, sino que formularon diferentes preguntas al testigo protegido sobre cuál había sido la intervención real de los recurrentes en la dirección y el pilotaje de la patera, respondiendo el testigo a las diferentes preguntas que les fueron efectuadas por los letrados defensores.

Por consiguiente, se cumplieron en debida forma los principios de contradicción y de defensa en lo que respecta a la declaración sumarial del testigo, que ha sido después vista por las partes en el plenario y sometida al debate de la acusación y de las defensas.

En otro orden de cosas, carece de fundamento la queja de la defensa relativa a la calidad de la grabación digital de la declaración del testigo protegido. La imagen es clara, y en lo que respecta al sonido, se oye perfectamente la traducción que va haciendo en el propio acto, según responde el testigo, la intérprete oficial que intervino en la diligencia, debido a la procedencia argelina de todos los ocupantes de la patera.

El mismo rechazo ha de acompañar al alegato de que debieron plasmarse por escrito en la causa las declaraciones del testigo y su traducción por la intérprete. Todo ello figura en la grabación digital, por lo que no se consideró necesaria su transcripción por escrito, y tampoco consta que lo exigieran las defensas.

En igual sentido negativo debe responderse al reproche de que no le fuera recibido al testigo antes de declarar juramento con respecto a su propia religión. Alega la defensa que ello habría aportado una mayor veracidad y fiabilidad a su testimonio. Sin embargo, se trata de un dato accesorio y más bien anecdótico que no puede afectar a las garantías y validez de la declaración testifical, pues el formalismo de un juramento específico referido a su propia religión no tiene por qué intensificar necesariamente ni tampoco excluir el cumplimiento por parte del testigo de los deberes personalísimos que le impone su religión. Lo cierto es que el Juez de Instrucción le preguntó si juraba decir la verdad y el testigo respondió afirmativamente, por lo que ha de presumirse que su respuesta estaba referida a su propia religión y no a otra ajena a sus creencias.

Por último, aduce la defensa también para impugnar la validez de la declaración del testigo que esta fue inducida y condicionada en su contenido y veracidad por el hecho de que la policía les hubiera prometido a los ocupantes de la patera que si colaboraran con los agentes les proporcionarían o facilitarían la residencia en España. Pues bien, aunque ello fuera realmente así, esto no conlleva la pérdida de fiabilidad y credibilidad del testimonio de cargo, toda vez que se trata de una promesa que no tenía por qué afectar el contenido del testimonio, máxime si se repara en que el testigo ni siquiera se quedó en España, sino que se marchó a Francia con el fin de fijar allí su residencia, según consta en las informaciones policiales y en las citaciones para el juicio.

Por consiguiente, y a tenor de lo argumentado, es claro que no cabe declarar la invalidez y la ineficacia del testimonio de cargo, desestimándose así el primer motivo de impugnación.

SEGUNDO . En el **segundo motivo** , y con cita de los arts. 849.1º de la LECr ., 5.4 de la LOPJ y 24.2 de la Constitución , invoca la parte recurrente la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** , al considerar que no concurre en el presente caso prueba de cargo suficiente para enervar la presunción constitucional.

Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención de los acusados en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 , 111/2008 y 25/2011 , entre otras).

Estos presupuestos jurisprudenciales sí se han cumplimentado en la sentencia cuestionada, según se aprecia en el contenido de la declaración prestada por el testigo protegido. En efecto, este manifestó que los dos acusados eran quienes dirigían y pilotaban la patera. El viaje duró unas veinte horas. Refirió también que se ayudaban entre ambos para orientar y pilotar la embarcación, manifestándoles a los restantes ocupantes que les habían encargado a ellos de dirigir la travesía y que los viajeros tenían que guardar silencio.

Los dos acusados reconocieron en el plenario que habían pilotado la embarcación, pero esgrimieron como dato exculpatario que esa labor la fueron realizando sucesivamente y de forma alternativa todos sus ocupantes. La alegación resultó, sin embargo, desvirtuada por las manifestaciones del testigo protegido, quien explicó que las únicas personas que dirigían y pilotaban la patera eran los dos acusados presentes en el juicio, no interviniendo los restantes viajeros en esa función.

A un testimonio de cargo tan contundente debe sumarse también el dato objetivo de que el acusado Julio había venido a España en patera en seis ocasiones en los últimos tiempos, mientras que el coimputado Eleuterio lo había hecho en tres. La última el 23 de agosto de 2012, es decir, menos de un mes antes de los hechos, coincidiendo ambos acusados en las tres últimas entradas en patera de fechas 6 de octubre de 2011, 23 de agosto de 2012 y 17 de septiembre de 2012 (folios 11, 60 y 61 de las actuaciones). Estos datos los pone la Audiencia en relación con la forma de operar de los denominados "pateristas", personas básicamente encargadas de conducir la embarcación hasta las costas españolas, que procuran hacer lo posible para que los devuelvan a su país de origen para poder seguir realizando su ilícita labor.

Todo evidencia, pues, que los acusados no hicieron el viaje como inmigrantes que buscaban quedarse en España, sino como auténticos tripulantes de las embarcaciones que arribaban a la costa española.

El motivo, al resultar enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia, no puede prosperar.

TERCERO . Los **motivos tercero** , **cuarto** , **quinto** , **sexto** y **séptimo** del recurso están referidos todos ellos a vicios, irregularidades o infracciones de la declaración del testigo protegido (calidad de la grabación de la diligencia; la falta de juramento en su religión; la falta de transcripción por escrito de lo declarado; la ausencia de garantías por la forma de practicarse la declaración; y las promesas orientadas a precondicionar y predeterminar el sentido incriminatorio de su testimonio). Pero como todas esas impugnaciones ya han sido tratadas y rechazadas en el fundamento primero de esta sentencia, nos remitimos a lo allí argumentado y decidido, evitando así incurrir en reiteraciones innecesarias.

Los mencionados motivos resultan por tanto inviables.

CUARTO . En el **motivo octavo** , y por el cauce procesal del art. 849.1º de la LECr ., denuncian la infracción del art. 318 bis 1 y 5 del C. Penal . Sin embargo, la parte no concreta cuáles son las razones por las que se considera infringido el referido precepto, limitándose a remitirse a los motivos precedentes.

Al no recogerse en los motivos anteriores del recurso ningún apartado específico relativo a la infracción de las referidas normas penales sino a cuestiones meramente probatorias, habrá que entender que la infracción de ley obedece a que no se darían en el presente caso los presupuestos fácticos del tipo penal, de modo que la infracción de ley solo podría estimarse en el supuesto de que se rechazaran los hechos probados de la sentencia recurrida. Y como esa hipótesis no se ha producido, la infracción de ley, al carecer de razón alguna que la apoye, queda desvirtuada.

En cualquier caso, y en lo que atañe al subtipo atenuado del apartado 5 del art. 318 bis, tampoco cabría su aplicación, dado que no se señalan por la defensa ni se aprecian tampoco por esta Sala razones relativas a una menor gravedad del delito ni unas circunstancias personales de los acusados que justifiquen la aplicación del subtipo que se limita a citar la parte recurrente. Es más, dado que los hechos se cometieron con el fin de obtener un beneficio económico y que el transporte de los ciudadanos argelinos en la patera entraña un importante riesgo para sus vidas e integridad física, la conducta enjuiciada resulta más fácilmente subsumible en el subtipo agravado del apartado 2 que en el 5 del art. 318 bis del C. Penal .

El motivo deviene así inasumible.

QUINTO . 1. En el **motivo noveno** , y por la vía procesal del art. 849.1º de la LECr ., interesa la parte recurrente la aplicación de la eximente completa o incompleta del **estado de necesidad** (arts. 20.5º y 21.1ª del C. Penal) debido a la precariedad económica de los acusados, de lo cual sería una muestra el hecho de que arriesgaran sus vidas cruzando el mar Mediterráneo en una patera.

2. Según ha señalado la jurisprudencia (entre otras, SSTS 924/2003, de 23 de junio ; 186/2005, de 10 de febrero ; 1146/2009, de 18-11 ; y 853/2010, de 15 de octubre , entre otras), la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone - dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual. Y como requisitos específicos se desglosan los siguientes:

a) Pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo.

b) Necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro.

c) Que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que "a posteriori" corresponderá formular a los Tribunales de Justicia.

d) Que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación.

e) Que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos, se resaltan en la referida jurisprudencia las siguientes prevenciones:

1º La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno.

2º El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa.

3º Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna.

4º En la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente.

3. Descendiendo al **caso enjuiciado**, es claro que no concurren en él los referidos requisitos al no constatarse los supuestos fácticos que pudieran dar pie a la aplicación de la referida circunstancia en cualquiera de sus modalidades.

En efecto, aquí se trata de dos acusados de nacionalidad argelina que pilotan y comandan una patera en la que son transportados catorce conciudadanos que viajan hasta España. Estos tienen como fin conseguir medios económicos que les garanticen unas condiciones de vida que les permitan atender a sus necesidades más primarias.

Por consiguiente, la situación de precariedad económica no consta con respecto a los dos acusados, que viven de transportar a sus compatriotas de su país de origen a España, sino que más bien afecta a las personas que viajan como pasajeros que arriesgan su vida e integridad física con el fin de acceder a otro país para lo cual abonan un dinero a los acusados.

Por lo tanto, no consta probado que los dos acusados sufran una situación de extrema y angustiosa penuria económica como supuesto fáctico imprescindible para que opere la eximente, ni tampoco se cumple en este caso el requisito de subsidiariedad en cuanto a la opción adoptada para solucionar sus problemas. Ni por supuesto, y como derivación de las lagunas anteriores, tampoco consta la equiparación de males que exige la norma, pues las circunstancias del caso no permiten ni siquiera hablar de una aproximación entre el mal que se genera con el transporte de personas y los males hipotéticos que señala la parte recurrente.

Ambos acusados viven de transportar por mar a sus conciudadanos indigentes de un país a otro, ya sea actuando por su propia cuenta o por encargo de los terceros que pudieran organizar los viajes. Por tal labor cobran cantidades de dinero que impiden hablar de penuria económica y de situación de necesidad. No puede colegirse, pues, que nos hallemos ante sujetos que no pueden acudir a medios alternativos a una actividad delictiva grave para solventar sus problemas económicos.

Así las cosas, se desestima este motivo de impugnación de los recurrentes.

SEXTO. Con sustento procesal en el art. 849.1º de la LECr. se alega en el **motivo décimo** la vulneración del art. 66 del C. Penal, esto es, la **individualización judicial de la pena**, sin que tampoco en este caso se aporten argumentos específicos legitimadores de la impugnación, pues la parte se limita a remitirse al motivo anterior, en el que se postula la aplicación de la eximente de estado de necesidad.

Una vez que se ha descartado la aplicación de todas las modalidades de la referida circunstancia modificativa de la responsabilidad y que se ha descartado la acreditación de un estado de penuria económica, se carece ya de base para acoger la tesis atenuadora que se suscita.

Pero es que, además, en este caso, según ya se argumentó en el fundamento cuarto, más que concurrir unos supuestos fácticos que permitan suavizar la cuantía punitiva, se aprecian datos objetivos que justifican la imposición de una pena superior al límite mínimo, pues el hecho de que los acusados actuaran con el fin de obtener un beneficio económico y de que hayan generado un notable peligro para la vida de las personas que viajaban en la patera, acercan su conducta al subtipo agravado del apartado 2 del art. 318 bis del C. Penal, razón objetiva más que suficiente para imponer la pena en el término medio que ahora se cuestiona. Ello significa que se está ante una cuantía punitiva razonable y proporcionada a la gravedad del hecho y a las circunstancias específicas del caso concreto.

En consecuencia, este motivo tampoco puede prosperar.

SÉPTIMO. Por último, en el **motivo undécimo** se invoca el **quebrantamiento de forma previsto en el art. 851.1º** del C. Penal, con el argumento de que en la narración fáctica de la sentencia recurrida se afirma que los dos acusados "de forma habitual se dedican a trasladar e introducir ciudadanos argelinos

en España", sin que se haya dictado ninguna resolución que así lo confirme ya que ello solo consta de forma gratuita en el atestado policial.

El art. 851.1º de la LECr . dispone que también puede interponerse el recurso de casación por quebrantamiento de forma cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

Pues bien, ninguno de esos supuestos se da en el presente caso, por lo que el motivo del recurso queda incuestionablemente fuera del cauce procesal que utiliza la parte recurrente para impugnar la sentencia, lo cual ya es de por sí suficiente para desestimarlo.

De todas formas, el inciso relativo a los hechos probados que cuestiona la parte recurrente, fundamentado en los numerosos viajes efectuados por los recurrentes desde Argelia a España en patera, carece de relevancia para resolver la decisión condenatoria recurrida. De modo que aunque se suprima la inferencia de que los viajes anteriores realizados por los acusados tenían el mismo fin que el que ahora se juzga, los hechos nucleares serían los mismos, a tenor de las declaraciones del testigo protegido de cargo, y también quedaría justificada la pena por la gravedad del hecho a que nos hemos referido en el fundamento precedente.

En consecuencia, tampoco este último motivo puede acogerse.

OCTAVO . En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se desestima el recurso de casación, imponiéndole a la parte recurrente las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr).

III. FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de **Eleuterio y Julio** contra la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Quinta, con sede en Cartagena, de fecha 15 de marzo de 2013 , dictada en la causa seguida por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Juan Saavedra Ruiz Andres Martinez Arrieta Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** Alberto Jorge Barreiro Carlos Granados Perez

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Alberto Jorge Barreiro , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.