



Roj: **SAP TF 2407/2022 - ECLI:ES:APTF:2022:2407**

Id Cendoj: **38038370062022100381**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **6**

Fecha: **13/10/2022**

Nº de Recurso: **33/2022**

Nº de Resolución: **372/2022**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **BEATRIZ MENDEZ CONCEPCION**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº 3 - 2ª Planta

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 94 51-49

Fax: 922 34 94 50

Email: s06audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Sección: BM

Rollo: Procedimiento abreviado

Nº Rollo: 0000033/2022

NIG: 3803843220210014081

Resolución: Sentencia 000372/2022

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0002702/2021-00

Jdo. origen: Juzgado de Instrucción Nº 3 de Santa Cruz de Tenerife

Investigado: Pedro Antonio

Interviniente: Centro Penitenciario de S/C Tenerife - El Rosario; Abogado: Centro Penitenciario de S/C Tenerife - El Rosario

Denunciante: Policía Nacional Extranjería

Denunciante: Ceferino

Acusado: Cosme ; Abogado: Jose Antonio Dominguez Hernandez; Procurador: Maria Cristina Ramos Suarez

Acusado: Demetrio ; Abogado: Idaira Dominguez Lemus Gonzalez; Procurador: Esther Maritza Hernandez Davila

Acusado: Joaquín ; Abogado: Elena Dominguez Söllheim; Procurador: Patricia Cabrera Aguirre

Acusado: Justiniano ; Abogado: Francisco De Borja Dominguez-Salavarría Rufino; Procurador: Irma Amaya Correa

Acusado: Leoncio ; Abogado: Iris Candelaria Dorta Alonso; Procurador: Maria Candelaria Rodriguez Gonzalez

Acusado: Marcial ; Abogado: Isabel Astrid Dorta Correa; Procurador: Sofia De Las Nieves Hernandez Morera

Acusado: Matías ; Abogado: Conrado Santiago Dorta Exposito; Procurador: Antonio Garcia Cami





Acusado: Miguel ; Abogado: Nancy Dorta Gonzalez; Procurador: Lidia Lucas Sanchez

?

SENTENCIA

Presidente

D./D^a. JOSÉ LUIS GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Magistrados

D./D^a. MARÍA VEGA ÁLVAREZ

D./D^a. BEATRIZ MÉNDEZ CONCEPCIÓN (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 13 de octubre de 2022.

Visto, en Juicio Oral y público ante esta Audiencia Provincial, la causa Procedimiento Abreviado N^o 2702/2021, instruido por el Juzgado de Primera Instrucción N^o 3 de Santa Cruz de Tenerife que ha dado lugar al Rollo N^o 33/2022 de esta Sala, por presuntos delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delito de lesiones por imprudencia grave contra Cosme , representado por la Procuradora Sra. Ramos Suárez y asistido por el Letrado Sr. Domínguez Hernández; Demetrio representado por la Procuradora Sra. Hernández Dávila y asistido por la Letrada Sra. Lemus González; Joaquín , representado por la Procuradora Sra. Cabrera Aguirre y asistido de la Letrada Sra. Domínguez Sollheim; Justiniano , representado por la Procuradora Sra. Amaya Correa y asistido por el Letrado Sr. Domínguez Salavarría Rufino; Leoncio , representado por la Procuradora Sra. Rodríguez González y asistido por la Letrada Sra. Dorta Alonso; Marcial , representado por la Procuradora Sra. Hernández Morera y asistido por el Letrado Sra. Dorta Correa; Matías , asistido por el Procurador Sr. García Cami y asistido por el Letrado Sr. Dorta Expósit y Miguel representado por la Procuradora Sra. Lucas Sánchez y asistido por la Letrada Sra. Dorta González, siendo parte acusadora el MINISTERIO FISCAL y ponente la Sra. Magistrada Dña. Beatriz Méndez Concepción, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las diligencias penales de referencia fueron declaradas concluidas y remitidas a esta Audiencia Provincial, habiéndose procedido a su tramitación de conformidad con lo previsto en las Leyes Procesales, señalándose para el comienzo de la vista del Juicio Oral que tuvo lugar en esta Audiencia Provincial, los días 27, 29 de septiembre y 7 de octubre de 2022.

SEGUNDO.- Iniciadas las sesiones del juicio oral, por la representación del acusado Leoncio se interesó la nulidad de actuaciones por vulneración del principio de territorialidad de la ley penal puesto que el cayuco en el que viajaban los acusados junto con otras 97 personas fue interceptado a 800 km de las costas españolas, no habiéndose producido la consumación del tipo delictivo en territorio español.

Por su parte, la representación del acusado Justiniano interesó la nulidad de todo lo actuado por vulneración del derecho de defensa puesto que el acusado no tuvo oportunidad de declarar en Comisaría ni en el Juzgado, habiendo sido informado de sus derechos en francés, idioma que no comprende siendo así que no constaba la hoja de lectura de derechos que tuvo que haber firmado en el Juzgado de Instrucción.

Finalmente, la representación del acusado Joaquín interesó la nulidad de actuaciones advirtiendo que hasta el mismo día del juicio, no había podido tener contacto con su patrocinado quien no conocía el contenido de la acusación contra el mismo ni la propia existencia del procedimiento puesto que siempre fue asistido de un intérprete de francés, idioma que no comprende.

El Tribunal resolvió in voce en el acto de la vista en los términos que constan en el acta del juicio oral, sin perjuicio de los razonamientos que serán expuestos en los fundamentos de derecho de la presente sentencia.

TERCERO.- A continuación se procedió a la continuación de la vista, practicándose en el acto del juicio oral las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal, así como por las partes en sus respectivos escritos de conclusiones provisionales y que fueron declaradas pertinentes en la correspondiente resolución.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales elevadas a definitivas, calificó los hechos narrados en su conclusión primera, únicamente, en el sentido de apuntar que la embarcación había salido de Gambia.

QUINTO. - En el mismo trámite, las defensas de los acusados elevaron sus conclusiones a definitivas interesando la libre absolución de los encausados.



HECHOS PROBADOS

De la prueba practicada ha resultado probado y así se declara que:

Sobre las 20:30 horas del día 16 de diciembre de 2021, el Centro de Coordinación de Vigilancia Marítima y el Centro de Coordinación Regional de Canarias, procedieron a comunicar al Buque Oceánico " DIRECCION000 " de la Guardia Civil, avistamiento, en posición 21º29,20`N019º58,02W, de un cayuco a la deriva con un fallo en la propulsión.

La embarcación de la Guardia Civil puso rumbo a dicho punto, al que llegaron a las 23:45 horas del día 17 de diciembre, decidiendo proceder al rescate en alta mar de los viajeros de la embarcación, operación que comenzó a las 00:05 horas del día 18 de diciembre, finalizando a las 01:00 horas de ese mismo día y dirigiéndose a las Islas Canarias que se encontraba a una distancia aproximada de 450 millas, atracando en el Puerto de Santa Cruz de Tenerife a las 12:30 horas del día 19 de diciembre, tras 36 horas de navegación.

Se trataba de una embarcación tipo cayuco de unos 20 metros de longitud con 105 ocupantes, todo varones, siendo 65 mayores de edad y 40 que manifestaron ser menores de edad.

La embarcación salió de Gambia, a mediados del mes de diciembre de 2021 y resultaba absolutamente inadecuada para el viaje realizado no solo porque los viajeros iban hacinados en su interior con pocas posibilidades de moverse sino porque, además, iba propulsada por dos motores que se averiaron, encontrándose la embarcación a la deriva cuando fue interceptada. Igualmente, carecía de las medidas de seguridad y estabilidad necesarias para enfrentarse a las condiciones de una travesía en alta mar. No tenían chalecos salvavidas, ni herramientas para poder reparar averías, luces de posicionamiento que marcara su ubicación, instrumentos de comunicación en caso de emergencia o medio alguno para protegerse del sol, viento o lluvia; disponiendo de escasos vivieres y bebida.

Entre los ocupantes, que habían pagado unos 600 euros por el viaje, se encontraban Cosme NIE NUM000, Demetrio NIE NUM001, Joaquín NIE NUM002, Leoncio NIE NUM003, Marcial NIE NUM004, Matías NIE NUM005, Justiniano NIE NUM006 Miguel NIE NUM007 todos ellos mayores edad y sin antecedentes penales, sin que haya quedado acreditado que, actuando con el ánimo de obtener una ventaja patrimonial y de común acuerdo entre ellos y con los organizadores del viaje que se habrían quedado en tierra, se hicieran cargo del manejo de la embarcación, de las labores de reparto de comida, distribución de asientos, mantenimiento del orden en el interior del barco o cualquier otra indispensable para facilitar la entrada de sus ocupantes en España de manera clandestina ya que carecían de las necesarias autorizaciones administrativas de entrada y permanencia en territorio español.

Cuando los ocupantes llegaron al Puerto de Santa Cruz de Tenerife, uno de ellos, Ceferino, sufría neumonía basal, úlcera por presión, deshidratación, múltiples excoriaciones, infección de partes blandas y anemia normocítica normocromica, precisando internamiento hospitalario con rehidratación y reposición hidrolítica recibiendo el alta médica el día 23 de diciembre de 2021.

Los acusados han estado en prisión provisional desde el día 23 de diciembre de 2021 hasta el día 10 de octubre de 2022 cuando se acordó su libertad por auto dictado por esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Antes de entrar en el fondo de la cuestión suscitada procede hacer referencia a las cuestiones previas que fueron invocadas al inicio de las sesiones del juicio oral que si bien ya fueron descartadas por este Tribunal, se remitió la concreta fundamentación jurídica de las mismas a la presente resolución.

En efecto, por la representación del encausado Leoncio, en trámite de cuestiones previas, se interesó la nulidad de todo lo actuado invocando la aplicación del principio de territorialidad de la Ley penal puesto que la interceptación de la embarcación en la que viajaban los acusados junto con otros 96 inmigrantes, tuvo lugar a 800 km del territorio nacional, por lo que los Juzgados españoles no tendría competencia para el enjuiciamiento de estos hechos.

A dicha cuestión previa se adhirió la representación del acusado Joaquín.

Como ya hizo constar esta Sala en el propio acto del juicio oral, dicha petición de nulidad debe ser rechazada puesto que frente al principio de territorialidad invocado por las defensas, procede la aplicación del principio de Justicia Universal.

En efecto, tal y como advierte la reciente STS de 21 de abril de 2022: " La Jurisdicción Universal es un mecanismo que permite a los Estados otorgar competencias a sus órganos judiciales para enjuiciar aquellos

delitos que generan una mayor conmoción a nivel internacional, llamados crímenes internacionales, luchando contra la impunidad que se genera sobre los autores de estos crímenes.

La actual redacción del art. 23 LOPJ viene dada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, en cuya exposición de motivos se expresa como "la realidad ha demostrado que hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho Internacional. La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional. Al tiempo, la regulación de la materia debe ajustarse a los compromisos derivados de la ratificación por España el 19 de octubre de 2000 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como instrumento esencial en la lucha por un orden internacional más justo basado en la protección de los derechos humanos."

La citada ley perfiló la competencia de la jurisdicción española ampliando los delitos susceptibles de ser investigados por España, independientemente del lugar de comisión y la nacionalidad de su autor, siguiendo el planteamiento de los países de nuestro entorno. En la misma, se trató de armonizar los principios de justicia universal y de subsidiariedad. En virtud del principio de legalidad la jurisdicción española se extiende al conocimiento de delitos cometidos fuera de España cuando así lo impone algún tratado internacional firmado por España y cuando exista la autorización de un tratado en el caso de criterios de conexión facultativos."

Pues bien, el artículo 23.4 de la LOPJ advierte: "4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte."

Por consiguiente, y en la medida de que los hechos objeto de acusación en el presente procedimiento, han sido calificados como un delito de favorecimiento de la inmigración irregular del artículo 318 bis 1 y 3 b) del Código Penal, tipo delictivo que se incardina en el Título XV bis del Código Penal a propósito de los "delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", es posible colegir, sin mayores esfuerzos, la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles para el conocimiento de tales delitos con independencia de que la aprehensión de la embarcación en la que viajaban los acusados junto con otros inmigrantes se pudiera haber producido fuera de las aguas jurisdiccionales españolas y con independencia de la nacionalidad de los posibles implicados en los hechos o si el delito se consumó o en territorio español.

En trámite de informes por la representación del acusado Joaquín se insistió en la nulidad de actuaciones por aplicación del principio de territorialidad, si bien en relación al conocimiento y enjuiciamiento del delito de lesiones por imprudencia grave del artículo 152 del Código Penal por el que también formuló acusación el Ministerio Fiscal respecto a las lesiones que, al parecer, había sufrido uno de integrantes de la patera interceptada, en concreto, de Ceferino. La defensa del referido encausado indicó que habiendo sido interceptada la embarcación por la Buque Oceánico DIRECCION000 de la Guardia Civil a las 23:45 horas del día 17 de diciembre de 2021 a unas 450 millas al Suoreste de las Islas Canarias, las presuntas lesiones de Ceferino habría tenido lugar en alta mar, en aguas internacionales, sin ningún punto de conexión con el territorio español; luego los Tribunales españoles no serían competentes para su enjuiciamiento.

Esta causa de nulidad también debe rechazarse puesto que, como indica, entre otras la STS de 4 de marzo de 2020, el principio de justicia universal concluye que España tiene plena jurisdicción por conocer de los delitos cometidos contra los ciudadanos extranjeros y del delito de lesiones por imprudencia grave que debe tener la consideración de conexo con el principal, al amparo de lo previsto en el artículo 17 de la Lecr y artículo 65.1º último párrafo de la LOPJ.

SEGUNDO.- Como segunda causa de nulidad, las defensas letradas de los acusados Justiniano y Joaquín interesaron la nulidad de las actuaciones puesto que ninguno de los enjuiciados fue debidamente asistido por un intérprete adecuado que hablara el dialecto de origen de los mismos.

En concreto, la representación de Justiniano indicó que la lectura de derechos al mismo en sede policial se había realizado con una traductora de francés, idioma que el acusado no comprende correctamente. Además, señaló que no constaba en autos la lectura de derecho a su representado ante el Juzgado de Instrucción.



Por esta razón, entiende que se produjo una vulneración del derecho al no habérselo dado la oportunidad de declarar en Comisaría ni en el Juzgado.

Por su parte, la defensa de Joaquín advirtió, además, que su patrocinado había tenido un total desconocimiento de toda la tramitación de la causa que se había seguido contra el mismo puesto que el intérprete que se le proporcionó tanto en Comisaría como en el Juzgado de Instrucción era de idioma francés que su representado no comprende correctamente puesto que solo habla el dialecto de su país de origen.

La defensa insistió en el hecho de que hasta el mismo día de inicio de las sesiones del juicio oral (27 de septiembre) no había tenido oportunidad de comunicarse con su representado.

Como ya se adelantó en la primera sesión del juicio oral, estos motivos de nulidad no pueden estimarse. En efecto, de conformidad con el contenido de la STS de 15 de junio de 2022: "El art. 1 de la Directiva 2012/13 dispone que "Los Estados miembros garantizarán que las personas sospechosas o acusadas reciban con prontitud información acerca, como mínimo, de los siguientes derechos procesales según se apliquen con arreglo a la legislación nacional, a fin de permitir su ejercicio efectivo:

- a) el derecho a tener acceso a un abogado;
- b) el eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla;
- c) el derecho a ser informado de la acusación, de conformidad con el artículo 6;
- d) el derecho a interpretación y traducción;
- e) el derecho a permanecer en silencio.

2. Los Estados miembros garantizarán que la información establecida en el apartado 1 se proporcione verbalmente o por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las necesidades particulares de las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables."

En el mismo sentido la Directiva 2010/64/UE, señala en el art. 2: "1. Los Estados miembros velarán por que todo sospechoso o acusado que no hable o entienda la lengua del proceso penal se beneficie sin demora de interpretación en el transcurso del proceso penal ante las autoridades de la investigación y judiciales, incluido durante el interrogatorio policial, en todas las vistas judiciales y las audiencias intermedias que sean necesarias.

2. Los Estados miembros garantizarán que, en caso necesario y con miras a salvaguardar la equidad del proceso, se facilite un servicio de interpretación para la comunicación entre el sospechoso o acusado y su abogado en relación directa con cualquier interrogatorio o toma de declaración durante el proceso, o con la presentación de un recurso u otras solicitudes procesales.

3. El derecho a interpretación en virtud de los apartados 1 y 2 incluye la asistencia a personas con limitaciones auditivas o de expresión oral."

Las anteriores Directivas han sido traspuestas al ordenamiento procesal, arts. 118, 123 y 127, tras la reforma operada de dichos preceptos por la Ley 5/2015, que desarrolla el derecho a la asistencia de un intérprete que le permita comprender el desarrollo del juicio "durante todas las actuaciones en que sea necesaria su presencia.. en las vistas judiciales" y el derecho a la interpretación de todas las actuaciones del juicio oral. Actuaciones que se realizarán "mediante una interpretación consecutiva de modo que se garantice suficientemente la defensa del imputado".

En nuestra jurisprudencia las Sentencias 584/2018, la 70/2019, de 7 de febrero, y la 276/2021, de 25 de marzo, han desarrollado la interpretación a los anteriores preceptos recordando que la exigencia de un intérprete en el proceso penal para todos aquellos que desconozcan el idioma castellano deriva directamente de la Constitución, que reconoce y garantiza los derechos a no sufrir indefensión (art. 24.1) y a la defensa (art. 24.2). Igualmente reconocida en el art. 6.3 c) Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y en el art. 14.3 f) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que garantizan el derecho de toda persona a ser asistida gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia o en el Tribunal. Asimismo, el art. 398 LECrim en relación con los arts. 440, 441 y 442 de la misma, establece que si el procesado no conociere el idioma español se nombrará un intérprete que prestará a su presencia juramento de conducirse bien y fielmente (SSTC 5/84, 74/87, 71/88). La actuación del intérprete, la eficacia del derecho, no sólo se refiere a las actuaciones directas del imputado, o acusado, para con los elementos de la investigación o en el desarrollo del juicio oral, sino que se extiende a todo el enjuiciamiento ya que el derecho a la utilización de un intérprete en persona acusada que desconoce la lengua española, tiene por evidente objeto el de permitirle comunicar con las partes y con el órgano jurisdiccional, pero también, muy esencialmente, que el acusado pueda venir en conocimiento del desarrollo de las actuaciones y,





de manera muy especial, de lo acontecido en el acto del juicio oral. Por eso, la actuación del intérprete no debe limitarse a intervenir en los procesos de comunicación directos entre la persona que lo precisa y el Tribunal sino que debe dar contenido a la exigencia del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho a oír los testimonios en su contra, lo que abarca el desarrollo del juicio oral.

En este sentido señalábamos en la STS 276/2021, antes referido a que la Comisión Europea ha indicado (informe de 18 de mayo de 1977, serie B, Vol. XXVII) que la finalidad de este derecho es evitar la situación de desventaja en que se encuentra un acusado que no comprende la lengua y es un complemento de la garantía de un proceso justo y de una audiencia pública, así como de "una buena administración de justicia". Y la STS 867/2000 de 23 de mayo, recuerda que es razonable que el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete ha de ser incluido sin violencia conceptual alguna en el perímetro de este derecho fundamental (derecho a la defensa), aun cuando la norma constitucional no lo invoque por su nombre (en igual sentido STC 74/1981).

La trasposición de las directivas a nuestro ordenamiento normativizan un principio general, plasmado en numerosas sentencias tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que supone las exigencias de un juicio justo que comprende el derecho del acusado a estar enterado del desarrollo del juicio en que se depura el hecho por el que es acusado, oír los testimonios en su contra, con la posibilidad de contradecirlos y ejercer su derecho de defensa, transferido al defensor técnico, y en el ejercicio de su autodefensa. El remedio a su ausencia es la declaración nulidad del enjuiciamiento por afectación del derecho de defensa."

Así pues partiendo de la anterior doctrina, según la cual el derecho a la traducción adecuada de los ciudadanos extranjeros forma parte del derecho de defensa de quienes se vean afectados por un procedimiento, a juicio de esta Sala, ninguna vulneración del derecho de defensa de los acusados se ha producido.

En relación a las actuaciones que se llevaron a cabo en dependencias policiales, constan en autos las hojas de lectura de derechos que se entregaron a los detenidos, debidamente firmadas por los mismos (folios 41 y siguientes). En concreto, a los folios 52 y siguientes y 61 y siguientes, se encuentran las lecturas de derecho y tomas de manifestaciones que se hicieron a Joaquín y Justiniano. Las hojas con los derechos se les entregaron a los enjuiciados en francés y las manifestaciones de los mismos se realizaron con la asistencia del intérprete de francés Inmaculada. Igualmente, consta que dichas tomas de manifestaciones policiales se realizaron a los detenidos en presencia de la Letrada del turno de oficio que les asistió.

En relación a la manera en la que se practican dichas diligencias, procede hacer referencia a la declaración que fue prestada por la Funcionaria del CNP NUM008 quien fue rotunda cuando afirmó que las lecturas de derechos y las manifestaciones policiales se hicieron en presencia de la intérprete y del letrado designado al efecto, siendo así que, en el caso de autos, la intérprete no solo se limitó a la mera lectura de derechos a los detenidos sino que les fue explicando a cada uno de ellos tanto los derechos que les correspondía como las preguntas que les fueron formuladas. Igualmente, afirmó que fue la intérprete quien, a medida que se iba procediendo a explicarles los derechos a los detenidos, les comunicaba que los habían entendido sin que ninguna objeción se hiciera constar a dicha traducción ni por parte de la intérprete ni por la letrada de la defensa que les asistió, en todo momento, en dichas diligencias.

Igualmente, consta en autos (folios 201 y siguientes), las declaraciones que prestaron los acusados en calidad de investigados ante el Juzgado de Instrucción. Al folio 203 y 206 respectivamente se encuentra las declaraciones sumariales que fueron realizadas por los acusados que invocan la nulidad. Se trata de declaraciones realizadas en presencia del letrado que les asistió así como del intérprete de francés; ninguno de los cuales, especialmente, el letrado asistente, hizo constar la existencia de dificultad o impedimento alguno de los investigados para entender o comprender tanto la lectura de derechos como su decisión de acogerse a su derecho a no declarar.

Por la dirección letrada del acusado Joaquín se insistió en el hecho de que no había podido ponerse en contacto con su patrocinado hasta el mismo día de inicio de las sesiones del juicio oral. Sin embargo, se trata de una alegación que no puede ser tenida en cuenta para apreciar la nulidad invocada. Consta en autos que los acusados se encuentran en situación de prisión preventiva desde el 23 de diciembre de 2021 e internos en el Centro Penitenciario Tenerife II donde han permanecido hasta la fecha, habiéndose producido la designación de la letrada de la actual representante de Joaquín desde el 30 de diciembre de 2021 (folio 445 y siguientes).

No consta que desde dicha designación la Letrada hubiera comunicado ni al Juzgado de Instrucción ni a la Sala, a partir del momento en el que el procedimiento tuvo entrada en esta Sección, su imposibilidad de entenderse o comunicarse con su cliente, pese a que el mismo, insistimos, se ha encontrado todo este tiempo interno en el mismo Centro Penitenciario.





Por consiguiente, ninguna vulneración del derecho de defensa ha tenido lugar en el caso de autos, debiendo entender que los acusados, tanto en su condición de detenidos en Comisaría como de investigados ante el Juzgado de Instrucción, estuvieron debidamente asistidos de un intérprete adecuado que, aun cuando no fuera en su idioma materno, pudo hacerles una lectura adecuada y comprensiva tanto de la situación procesal en la que se encontraban en cada momento como de los derechos que le asistían sin que las defensas técnicas que les asistieron tanto en Comisaría como en el Juzgado de Instrucción o, incluso, quienes les han asistido a lo largo del procedimiento, hayan formulado objeción o alegación alguna al respecto.

Finalmente, y aun cuando no se trató de una cuestión previa formalmente formulada por las partes, las acusación pública, elevando a definitivas sus conclusiones, interesó la condena del acusado Pedro Antonio quien, actualmente, se encuentra en rebeldía. La pretensión debe rechazarse. Vulneraría varios preceptos legales, comenzando por el artículo 24 de la Constitución. No es posible que una sentencia contenga un pronunciamiento respecto de acusados frente a los que no se ha celebrado el juicio oral. En situación de rebeldía, como el acusado quien, por ende, no ha formado parte de la definitiva relación jurídico procesal objeto del juicio oral. Tampoco su defensa que, de manera coherente con la situación de rebeldía de su cliente, no ha estado presente en el juicio oral. El principio acusatorio, cuya escrupulosa observancia permite respetar el derecho de defensa, también veda esa posibilidad. Como recuerda la Sala Segunda "este Tribunal ha afirmado que con la prospectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC. 87/2001 de 2.4). (...) El T. S. por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que" el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates (...) "(S. T.S. 7/12/96)" (STS 338/15, de 2 de junio, Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

Igualmente, y por el mismo motivo, y pese a que el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones, el relato de hechos probados de la presente resolución no contendrá ninguna referencia al acusado que se encuentra en rebeldía.

TERCERO.- Entrando en el fondo de la cuestión sometida a debate, esta Sala, valorando en su conjunto y en el modo ordenado por la LECRIM las pruebas practicadas en el acto del Juicio Oral, no ha obtenido razonablemente la convicción de que los hechos contenidos en el escrito de acusación se hayan producido como se relatan. Y ello atendiendo a que del resultado de la prueba practicada es posible tanto la tesis acusatoria como la tesis defensiva. Y todo ello, sin perjuicio de haber sido practicada conforme a los principios de inmediación, oralidad, contradicción y defensa resultando, con ello, procesalmente válida para el fin que se pretendía por dicha acusación.

La presunción de inocencia que corresponde a todo acusado de una infracción punible aparece configurada como uno de los derechos fundamentales donde se sustenta la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 y 2 de la Constitución Española) y aparece, asimismo, como una garantía esencial en otros Convenios a cuya luz debe ser interpretado tal derecho constitucional, por imponerlo así el artículo 10.2 de la propia Constitución, tratados internacionales como el de Derechos Humanos de Roma de 1950 y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. La lectura de los citados tratados pone de manifiesto que el principio más arriba anunciado sintéticamente ofrece una mayor complejidad si se observa que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (artículos 6.1 y 2 del Convenio de 1950). Consiste pues, en la imposibilidad de condenar a nadie sin una prueba de cargo suficiente y que, desde una perspectiva exclusivamente procesal, desplaza la carga de la prueba, "onus probandi", a quien acusa sin que el imputado haya de probar su inocencia. La doctrina Constitucional, desde la sentencia (STC 31/1991), ha ido perfilando las características que lo definen como derecho fundamental de aplicación inmediata y aquellas otras de que han de estar revestidos los elementos de juicio utilizables para destruir tal presunción. En primer lugar, y en su aspecto cuantitativo, ha de existir una actividad probatoria mínima (STC 31/1981), o más bien suficiente (STC 160/1988 entre otras). Cualitativamente, en segundo lugar, los medios de prueba han de tener un signo o sentido incriminador respecto de la participación del acusado en el hecho, siendo por tanto de cargo (STC 150/1989) y han de merecer esa calificación por ser constitucionalmente legítimos (STC 109/1986). El lugar y tiempo apropiados, siendo estos la sede del juicio oral para permitir la contradicción y cumplir de ese modo con el principio de contradicción procesal. De dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio de derecho de defensa o la posibilidad de contradicción.

Respecto al delito principal que ha sido objeto de acusación, y siguiendo, entre otras, la STS de 24 de julio de 2019, procede advertir:





"En lo que respecta al delito de inmigración ilegal, tipificado en el art. 318 bis del C. Penal, se afirma en la STS 385/2012, de 10 de mayo, que la doctrina tiene también declarado que debe entenderse por inmigración ilegal la que se produce con infracción de la normativa reguladora del tema, sin que existan razones materiales para negar la punición cuando la entrada se produce con una falsa apariencia de legalidad, pues debe acudir a un concepto amplio de ilegalidad acorde con la normativa europea sobre la materia (Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002), concepto que no ha de limitarse por tanto al carácter oculto o subrepticio de la entrada ni a la utilización de documentación falsificada. Y es que ha de excluirse el error de partida de identificar la inmigración ilegal con la entrada ilegal en nuestro país.

Y en lo que se refiere al bien jurídico que tutela el art. 318 bis del C. Penal, esta Sala lo ha fijado en el interés social de controlar los flujos migratorios y en la libertad, la seguridad y la dignidad de los inmigrantes trasladados a España (SSTS 569/2006, de 19-5 ; 153/2007, de 28-2 ; 770/2007, de 19-9 ; 801/2007, de 29-9 ; y 823/2007, de 15-10).

En el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, se dice que el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el art. 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado "De la trata de seres humanos". Así, el art. 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.

En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

Además de la creación del art. 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los arts. 313.1 y 318 bis.

Y en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se expone que "resulta necesario revisar la regulación de los delitos de inmigración ilegal tipificados en el artículo 318 bis. Estos delitos se introdujeron con anterioridad a que fuera tipificada separadamente la trata de seres humanos para su explotación, de manera que ofrecían respuesta penal a las conductas más graves que actualmente sanciona el artículo 177 bis. Sin embargo, tras la tipificación separada del delito de tráfico de seres humanos se mantuvo la misma penalidad extraordinariamente agravada y, en muchos casos, desproporcionada, para todos los supuestos de delitos de inmigración ilegal. Por ello, se hacía necesario revisar la regulación del artículo 318 bis con una doble finalidad: de una parte, para definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, es decir, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE ; y, de otra, para ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante. De este modo, se delimita con precisión el ámbito de las conductas punibles, y la imposición obligatoria de penas de prisión queda reservada para los supuestos especialmente graves. En todo caso, se excluye la sanción penal en los casos de actuaciones orientadas por motivaciones humanitarias".

Por consiguiente, a partir de las reformas penales de 2010 y 2015 todo apunta de forma clara a que el tipo penal del art. 318 bis protege ahora el bien jurídico consistente en el interés del Estado -y de la Unión Europea- en el control de los flujos migratorios. Se reconoce así que el bien jurídico se centra actualmente en la legalidad de la entrada, ubicándose así su objetivo en la tutela de un bien colectivo o supraindividual y quedando la tutela de los bienes personales individuales de los migrantes encomendada al nuevo tipo penal del art. 177 bis del texto punitivo, lo que explicaría la drástica reducción de pena que se percibe en la última redacción del art. 318 bis del C. Penal .

De todas formas, la nueva restricción del bien jurídico que tutela el art. 318 bis va a suscitar, tal como ha subrayado la doctrina, problemas de delimitación con la mera infracción administrativa contemplada en el art. 54.1.b) de la LO 4/2000, de 11 de enero, al diluirse en gran medida los límites del campo de aplicación de ambas normas, teniendo que acudir a conceptos y criterios nada precisos a la hora de deslindar el ilícito penal y el administrativo con arreglo a la gravedad de la afectación de bienes jurídicos en principio sustancialmente asimilables.





Así pues, tras la tipificación del delito de trata de seres humanos en la LO 5/2010 como delito autónomo, la diferenciación entre el tráfico ilícito de migrantes (art 318 bis CP) y la trata de personas (art 177 bis CP) ha sido confusa en nuestro derecho positivo, tal como recuerda y precisa la sentencia de este Tribunal 214/2017, de 29 de marzo . La gravedad de las penas establecidas para la inmigración ilegal ha generado errores y en ocasiones se ha sancionado a través del primer tipo conductas que tendrían mejor encaje en la trata. Ambas conductas entrañan el movimiento de seres humanos, generalmente para obtener algún beneficio. Sin embargo, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto a la inmigración ilegal (antes llamado tráfico ilícito, lo que incrementó la confusión): una forma de captación indebida, con violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago de precio; y un propósito de explotación, principalmente sexual.

En el supuesto de la trata de personas, la fuente principal de ingresos para los delincuentes y el motivo económico impulsor del delito es el producto obtenido con la explotación de las víctimas en la prostitución, trabajos forzados, extracción de órganos u otras formas de abuso; mientras que en el caso de la inmigración ilegal, el precio pagado por el inmigrante irregular, cuando se realiza en el subtipo agravado de ánimo de lucro, es el origen de los ingresos, y no suele mantenerse ninguna relación persistente entre el delincuente y el inmigrante una vez que éste ha llegado a su destino.

La segunda gran diferencia básica entre la inmigración ilegal y la trata radica en que la primera siempre tiene un carácter transnacional, teniendo por objeto a un extranjero ajeno a la Unión Europea, aun cuando no exija necesariamente la cooperación en el traspaso de fronteras, mientras que la trata de seres humanos puede tener carácter transnacional o no, ya que las víctimas pueden ser ciudadanos europeos, o incluso españoles. Generalmente las víctimas de la trata de personas comienzan consintiendo en ser trasladadas ilícitamente de un Estado a otro exclusivamente para realizar un trabajo lícito (inmigración ilegal), para después ser forzadas a soportar situaciones de explotación, convirtiéndose así en víctimas del delito de trata de personas.

Y una tercera diferencia -según la precitada sentencia 214/2017 - se encuentra en la naturaleza del delito de inmigración ilegal como delito necesitado en todo caso de una hetero-integración administrativa. Conforme a lo dispuesto en el art 318 bis, este tipo delictivo, que en realidad tutela la política de inmigración, sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral, requiere en todo caso la vulneración de la legislación sobre entrada, estancia o tránsito de los extranjeros. Mientras que en el delito de trata de seres humanos esta vulneración no se configura como elemento típico, siendo los elementos relevantes la afectación del consentimiento y la finalidad de explotación.

Declara la STS 108/2018, de 6 de marzo , que el artículo 318 bis.1 CP , sanciona a quien directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España. Tras la reforma operada por la LO 1/2015, se protege principalmente el interés del Estado en el control de los flujos migratorios y, en consecuencia, se sanciona con una pena muy inferior las conductas que consistan en ayudar intencionadamente a alguien que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros. Como se decía en la STS 188/2016, de 4 de marzo , "lo que se sanciona es la ayuda intencionada, con y sin ánimo de lucro, a la vulneración por los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, de la normativa legal reguladora de su entrada, tránsito y permanencia en territorio español, con la finalidad de respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios". No obstante, el precepto sigue estando encuadrado bajo la rúbrica relativa a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, presididos por el derecho a la preservación de su dignidad, lo que impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para tales derechos como consecuencia de la conducta típica. En este mismo sentido, se prevé la no punibilidad cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria. Y en la misma línea la agravación de la pena cuando se ponga en peligro la vida de las personas que sean sujeto pasivo de la infracción o se hubiere creado el peligro de causación de lesiones graves."

En relación al subtipo agravado por el que también se acusa, procede advertir que " Nuestro Tribunal Supremo 388/2018 en Sentencia de fecha de fecha 25 de julio de 2018 siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, ha manifestado respecto a este subtipo agravado, que (STS 1248/2002 de 28 de junio) que " el peligro a que se refiere el mismo debe ser apreciado por el Tribunal mediante un juicio de inferencia deducido del análisis de los datos y circunstancias fácticas que figuren en el relato histórico, toda vez que, en puridad, tal peligro no es en sí mismo una realidad material directamente perceptible por los sentidos, sino, en su caso, el resultado de un proceso intelectual valorativo de las circunstancias objetivas y físicamente constatables que rodean la situación objeto de análisis. Desde esta perspectiva, la invocación de la presunción de inocencia para impugnar la apreciación del Tribunal a quo de la realidad del riesgo para la vida o la integridad física únicamente puede prosperar en el caso de que los datos fácticos circunstanciales que conforman la





base del juicio de inferencia no estén debidamente acreditados por prueba válida y suficiente, o bien si la conclusión deducida por el Juzgador del análisis de esos hechos-base se revela contraria a las reglas de la razón, de la lógica y de los dictados de la experiencia".

Como indica la STS de 28 de junio de 2002, " la apreciación de esta circunstancia es fruto de un juicio de inferencia a partir del análisis de los datos fácticos que figuran en el relato histórico, toda vez que, en puridad, tal peligro no es en sí mismo una realidad material directamente perceptible por los sentidos, sino, en su caso, el resultado de un proceso intelectual valorativo de las circunstancias objetivas y físicamente constatables que rodean la situación objeto de análisis." . Igualmente, y de conformidad con la STS de 8 de abril de 2016: "... el peligro para la vida es inherente a una travesía en patera sin medios adicionales de ayuda o apoyo, entre cualquier punto, por cercano que sea, de África y el sur de la península Ibérica."

En cuanto a la conducta castigada viene dada por varios requisitos:

1. En primer lugar, de forma directa o indirecta, promover, favorecer o facilitar. Con estos verbos se trata de comprender en el delito la totalidad de las actividades de este tipo de delincuencia, toda intervención en el tráfico, por lejanas que estas actuaciones estén en el mismo.

2. Las acciones anteriores tienen que tener como objetivo el tráfico ilegal e inmigración clandestina.

El delito es doloso, ello supone que el autor debe tener conocimiento de la irregularidad o ilegalidad de los sujetos sobre los que recae la operación de tráfico.

Sujeto pasivo, es decir, contra quién se dirige la acción delictiva y a quién quiere proteger el precepto penal, lo es tanto el Estado en cuanto a su interés en ordenar el tráfico migratorios, y la comunidad social en su conjunto, como los extranjeros sobre lo que recae la conducta ilegal. Debemos entender por extranjero a todo ciudadano de terceros estados, excepción hecha de los ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea y los nacionales de los países del Espacio Económico Europeo, ya que ellos pueden emigrar con carácter temporal o definitivo sin que se le exijan requisitos documentales y sometimiento a controles fronterizos ordinarios.

CUARTO.- En el caso de autos, no resultó controvertido que el pasado día 19 de diciembre de 2021, sobre las 12:30 horas, arribó a la Dársena Pesquera del muelle de Santa Cruz de Tenerife una embarcación tipo cayuco de unos 20 metros de longitud con 105 ocupantes, todo varones, siendo 65 mayores de edad y 40 que manifestaron ser menores de edad.

Igualmente, consta en autos informe de 12 de marzo de 2022 elaborado por el teniente de la GC NUM009 , Jefe operativo del buque oceánico " DIRECCION000 " en relación a las condiciones en las que se produjo la localización y rescate en alta mar de dicha embarcación (folios 579 y siguientes). Se trata de un informe que fue ratificado, durante el plenario, por el Funcionario de la GC encargado de su confección y en el que se hizo constar que sobre las 20:30 horas del día 16 de diciembre de 2021 fueron alertados por el Centro de Coordinación de Vigilancia Marítima y el Centro de Coordinación Regional de Canarias, dando cuenta del avistamiento en posición 21°29,20'N 019°58,02'W de un cayuco a la deriva con un fallo en la propulsión, encontrándose junto al mismo el velero civil que dio el aviso.

La embarcación de la GC puso rumbo a dicho punto, al que llegaron a las 23:45 horas del día 17 de diciembre, decidiendo proceder al rescate en alta mar de los viajeros de la embarcación, operación que comenzó a las 00:05 horas del día 18 de diciembre, finalizando a las 01:00 horas de ese mismo día y dirigiéndose a las Islas Canarias que se encontraba a una distancia aproximada de 450 millas, atracando en el Puerto de Santa Cruz de Tenerife a las 12:30 horas del día 19 de diciembre, tras 36 horas de navegación.

El punto de partida del trayecto y el desarrollo de la travesía tampoco fueron objeto de discusión. De la declaración de los encausados así como del relato expuesto por los testigos Celso y Damaso quienes declararon en el plenario así como del visionado de las pruebas preconstituidas practicadas a los testigos Donato , Edmundo , Celso y Felix se desprende que la embarcación partió de Gambia desde donde pretendían llegar a costas españolas en una travesía que les dijeron que duraría unos 9 días. Sin embargo, los testigos indicaron que a los pocos días de iniciado el trayecto se averió uno de los motores, trataron de continuar con el otro motor pero también se averió, razón por la que estuvieron a la deriva durante varios días, hasta que 17 después de iniciado el viaje fueron localizados y , posteriormente, rescatados.

Las condiciones en las que se llevó a cabo el trayecto tampoco resultaron discutidas. De la declaración testifical practicada se puede deducir, sin mayores dificultades, que iban hacinados puesto que se trataba de una embarcación insuficiente para poder transportar, al menos, a 105 personas, pudiendo haber partido más viajeros desde Gambia puesto que los testigos aseguraron que se produjeron varios fallecimientos, sin poder precisar el número.





Como se desprendió de la propia declaración testifical así como del informe elaborado por el Funcionario de la GC NUM009 quien, como ya hemos dicho se trataba del Jefe Operativo del Buque DIRECCION000 encargado del rescate, los viajeros no tenían chalecos salvavidas, carecían de luces de posicionamiento, más allá de alguna iluminación manual, no contaban con ningún instrumento de navegación ni tampoco ningún sistema que les permitiera resguardarse de las inclemencias del tiempo, siendo así que cuando fueron interceptados se hallaban a la deriva, debido a que los dos motores de la embarcación estaban totalmente inservibles. Igualmente, parece que cuando fueron rescatados, carecían de agua y víveres.

Sin embargo, como ya se hemos adelantado, a criterio de esta Sala, no se ha practicado prueba de cargo suficiente para entender que los encausados son responsables del delito de favorecimiento de la inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal.

Nuestra Jurisprudencia considera sujetos activos del delito de auxilio a la inmigración ilegal una persona que sea a su vez uno de los ciudadanos extranjeros que tratan de introducirse ilegalmente en territorio español; con tal de que esa persona, además de ser un inmigrante más, haya realizado la conducta típica de ayudar a los restantes a conseguir ese objetivo, como señaladamente ocurre cuando ese inmigrante se hace cargo de la conducción o pilotaje del medio de transporte en el que viajan todos. Así lo declaró la sentencia del Tribunal Supremo 830/2005, de 27 de junio (EDJ 2005/113555), que en su fundamento segundo señala que "poca relevancia puede llegar a tener el conocer la nacionalidad del acusado o, incluso, determinar si aquél [...] pretendía también entrar ilegalmente en España, ya que el juicio de tipicidad descrito en el art. 318 bis del CP (EDL 1995/16398) se colma mediante la realización de cualquier actividad que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, y está fuera de dudas que quien asume la función de [transportar a] un inmigrante clandestino, colma las exigencias del tipo, sin que esa conclusión quede neutralizada por el hecho de que el que desarrolla esa labor [...] tenga también como propósito acceder ilegalmente a nuestro territorio". En la misma línea, pero con menor claridad (porque no se dice al analizar el delito de inmigración ilegal, sino el de homicidio por imprudencia en concurso con él), la sentencia 186/2009, de 27 de febrero, afirma en su fundamento segundo que la responsabilidad de los acusados "claramente resulta de la asunción de la condición de patrones de una embarcación " en la que viajaban los inmigrantes, "tanto hubieran sido ellos los últimos organizadores del viaje marítimo, como si no", esto último en su referencia a la pretensión de los recurrentes, recogida en el fundamento primero, de "ser unos inmigrantes más".

En el caso de autos, el Ministerio Fiscal sostiene en su escrito de acusación que Cosme , Demetrio , Joaquín , Leoncio , Marcial , Matías , Justiniano y Miguel puestos de común acuerdo con los organizadores del viaje que se habrían quedado en tierra, se encargaron de patronear, asumir el mando y dirección de la referida embarcación, además de repartir y racionar la comida y bebida que manejaban a su voluntad, no dudando en amenazar al resto de ocupantes de la embarcación si no obedecían sus órdenes.

La asunción de tales funciones fue negada por los encausados durante el plenario, contestando, únicamente, a las preguntas que les formulaban sus letrados.

Así, el acusado Cosme se acogió a su derecho a no declarar.

Por su parte, el acusado Demetrio explicó que para embarcar en la patera había pagado unos 450.000 francos-cfas, llegando a sentarse en el medio de la embarcación en la que no asumió ninguna función. En relación a la distribución de comida, el acusado dijo que se pasaban la comida unos a otros.

El acusado Joaquín dijo que pagó por embarcarse en el cayuco la cantidad de 400.000 francos-cfas. No llevó a cabo ninguna labor en el barco, no se encargó de repartir agua ni comida, siendo localizados por un barco que los rescató cuando se hallaban a la deriva.

El acusado Justiniano explicó que salió de Senegal. Tras unos días de navegación, los motores sufrieron una avería, razón por la que el trayecto duró 17 días hasta que fueron encontrados por una embarcación siendo rescatados unas 12 o 24 horas después. El acusado dijo que no sabía cuantas personas viajaban en la patera pero que creía que era unas "ciento y algo". Indicó que la embarcación era muy estrecha, casi no podían moverse y se encontraba muy mareado.

Respecto a la comida, el acusado contó que llevaba una mochila con galletas y agua pero que como estaba muy enfermo vomitaba mucho. Justiniano apuntó que viajó junto con su hijo adoptivo, teniendo que pagar unos 2000 euros por los dos. Negó haber asumido ninguna labor de organización en el viaje y dijo que se hubiera encargado de la organización no hubiera abonado la cantidad señalada, y que "los organizadores nunca viajan".

El acusado Leoncio explicó que era de Gambia, que pagó dinero por embarcarse en la patera. No sabía cuantas personas viajaron con él, pero escuchó que podrían ser unos 100 aproximadamente. Dijo que no pudo moverse





durante el viaje, razón por la que cuando fue rescatado tenía las piernas muy hinchadas, lo que le impedía moverse y caminar.

En cuanto a la comida, Leoncio explicó que llevaba una mochila con su propia comida y también con agua. El acusado negó haber llevado a cabo ninguna labor de organización en la patera, e indicó que cuando fueron rescatados por la embarcación de la Guardia Civil, como hablaba algo de inglés, ayudó a los tripulantes de dicha embarcación a repartir comida entre sus compañeros. Así y al mejorar su estado tras la medicación que le proporcionaron en la embarcación española, los tripulantes de la misma le pidieron que les explicara a sus compañeros cómo comportarse y usar el baño. Por esta razón, el acusado entiende que los testigos pudieron señalarle como uno de los organizadores del viaje puesto que los traductores que les habrían asistido hacían referencia a las labores que el acusado podía llevar a cabo en el barco, sin distinguir si se refería a la patera o a la embarcación de la Guardia Civil.

Por su parte, el acusado Marcial explicó que pagó por embarcarse en la patera 400,000 francos cfa, y se sentó en el medio de la embarcación. No podía moverse porque había mucha gente. No condujo la embarcación, ni manejó el gps, llegando a indicar que era analfabeto y que había aprendido a escribir su nombre mientras ha estado en prisión. El acusado también apuntó que cuando llegaron le dijeron que el capitán había fallecido.

El acusado Matías dijo que había pagado por embarcarse 400,000 francos cfa a una persona que se quedó en Senegal. Se sentó en la parte delantera. No condujo la embarcación, no hizo reparto de comida, no llevó el gps, encontrándose enfermo todo la travesía. Matías explicó que los motores de la embarcación de averiaron y estuvieron a la deriva unos 5 días hasta que fueron rescatados.

Finalmente, el encausado Miguel indicó que pagó 450,000 francos cfa por subirse a la embarcación a una persona que sí viajó con ellos pero que no se encontraba entre los acusados. Una vez en la patera, se sentó en la zona del medio pero como se puso muy enfermo, lo cambiaron de sitio si bien no puede saber donde le colocaron. Dijo que no llevó a cabo ninguna labor de control en la embarcación, ni dirigió la misma, ni repartió comida, insistiendo en el hecho de que no tenía ningún conocimiento en navegación y que durante todo el trayecto se encontraba en muy malas condiciones.

La acusación pública consideró dichas declaraciones poco creíbles. Así llamó la atención sobre el hecho de que dichas versiones exculpatorias las habían dado los acusados, por primera vez, durante el plenario, entendiéndose que su relato de hechos fue acomodado a las declaraciones que sí fueron prestadas, por el resto de testigos, tanto en Comisaría como durante la práctica de las pruebas preconstituidas a la que asistieron.

La representante del Ministerio Fiscal llamó la atención sobre el hecho de que de la declaración de alguno de los acusados se había desprendido que, durante la travesía, habían ostentado una posición de privilegio, motivada, probablemente, por su condición de auxiliares en la organización del viaje y el desarrollo de aquella.

Así destacó que los encausados Justiniano y Leoncio reconocieron que llevaba una mochila con su propia agua y comida. Además, el acusado Miguel indicó que como se encontraba mal, lo cambiaron de lugar en la embarcación, y ello pese a que el resto de ocupantes, especialmente, los testigos habrían afirmado que no pudieron moverse de su sitio durante todo el trayecto.

Igualmente, la acusación pública destacó que los acusados había llegado en relativas buenas condiciones, al contrario de otros integrantes de la embarcación que había sufrido graves dolencias.

Sin embargo, a criterio de esta Sala, el hecho de que los acusados se acogieran a su derecho constitucional a no declarar en fase de instrucción no debe tener un significado, eminentemente, incriminatorio. Habría que valorar la verosimilitud de las declaraciones realizadas por los mismos durante el plenario.

Así y en relación a la forma en la que se llevó a cabo la travesía y el importe que tuvieron que abonar por emprender el viaje, lo cierto es que su relato de hechos coincide sustancialmente con el que fue prestado por los testigos. Respecto al importe pagado por el viaje, ya hemos hecho constar anteriormente como la Jurisprudencia admite como autor del delito de favorecimiento ilegal no solo a quienes organizan el viaje desde tierra, no llegando a emprenderlo sino también a quienes, habiéndose unido a la trayectoria, posiblemente, con la misma finalidad que el resto de inmigrantes, esto es, llegar a territorio español, de alguna manera auxiliar en el patroneo de la embarcación utilizada; luego, no sería descartable que los acusados hubieran abonado también el mismo precio que el resto de viajeros por embarcarse en el cayuco.

Dijo la acusación pública que algunos enjuiciados, en concreto, Justiniano y Leoncio ostentaban en la nave una posición privilegiada en tanto que llevaban comida y agua en sus mochilas e, incluso, el acusado Miguel dijo que cuando se empezó a encontrar mal le permitieron colocarse en otro lugar mejor de la embarcación. Sin embargo, a criterio de esta Sala, estas circunstancias narradas por los acusados no son suficientes para llegar a concluir que tenían labores de auxilio o colaboración en el barco.





Así en relación a las mochilas que portaban, la Funcionaria del CNP NUM008 dijo que los viajeros que interceptaron en el cayuco llevaban mochilas que fueron revisadas para poder encontrar algún dato que pudiera identificarles, si bien la testigo descartó la posibilidad de que llevaran alimentos en las mochilas porque los propios inmigrantes les contaron que les repartía una cuchara de arroz y agua durante el viaje. No obstante, no puede obviarse que, durante el plenario, se produjo la declaración testifical de Celso quien dijo que llevaba comida en su mochila, y que cuando se le acabó la comida, se la pidió a la persona que estaba a su lado, quien también le ofreció algo de lo que llevaba. La posibilidad, por tanto, de que algunos viajeros llevaran comida en sus mochilas, no podría descartarse.

En relación al hecho de que el acusado Miguel pudiera cambiarse de sitio en la embarcación cuando se empezó a encontrar mal, no se trata de un hecho tan significativo como para afirmar que tenía una posición privilegiada en atención a su condición de patrón o ayudante en la embarcación. Lo que sí explicaron no solo los acusados sino los testigos tanto presenciales como los que declararon a través de la prueba preconstituida, es que iban hacinados y no podían moverse por la embarcación, hecho que, por cierto, corroboró el Funcionario de la GC NUM009 quien, durante el plenario, explicó que teniendo en cuenta las dimensiones de la embarcación, unos 20 metros, y la cantidad de personas que viajaban en su interior, un total de 105, probablemente había tenido problemas de movilidad. Lo que, también, puede desprenderse fácilmente de las fotografías obrantes en autos y que fueron aportada junto con el informe emitido por el Jefe Operativo del Buque Oceánico DIRECCION000 (folios 577 y siguientes).

Por la acusación pública se llamó la atención sobre la situación en la que habían llegado los acusados. Indicó que, al contrario que otros viajeros, los encausados arribaron a puerto en buen estado de salud. Esta alegación tampoco puede acogerse para concluir que los acusados eran los patrones, organizadores o ayudantes de la embarcación puesto que el Funcionario de la GC NUM009 dijo que los viajeros de la embarcación fueron rescatados en muy malas condiciones. A su juicio, llevaban varios días a la deriva, careciendo de comida y agua, habiendo pasado, al menos 15 días, en una embarcación en la que hubiera sido muy difícil moverse, siendo así que durante las 36 horas que estuvieron a bordo del buque DIRECCION000 hasta que arribaron al Puerto de Santa Cruz de Tenerife, fueron debidamente atendidos por el personal médico además de haber tenido que proporcionarles ropa seca, comida, agua y demás prendas de abrigo.

Además, como se hizo constar en el informe de recepción de la PN (folios 2 y siguientes), los inmigrantes arribaron al Puerto, en general, en buen estado, si bien tres de ellos precisaron asistencia médica, teniendo que ser trasladados a un Centro hospitalario. Parece, por tanto, que con carácter general la mayor parte de los viajeros, fueron rescatados en condiciones aceptables; luego no parece que se trata de una circunstancia que pudiera ser utilizada para distinguir entre quienes patronearon o ayudaron a organizar el barco, o lo quienes, simplemente, eran viajeros.

QUINTO.- Sin duda, la principal prueba de cargo de la acusación vino constituida por los testigos quienes, al parecer, habían reconocido a los acusados como aquéllas personas que, de alguna manera, tenían una función de responsabilidad en la embarcación respecto de quienes podría predicarse la condición de autores de un delito de favorecimiento de la inmigración ilegal del artículo 318 bis 1 y 3 b del Código Penal.

Antes de analizar la declaración prestada por los testigos, procede hacer referencia a las alegaciones que realizaron las defensas de los acusados en relación a la elección por parte de los funcionarios policiales de las personas que realizaron identificaciones de los posibles autores del delito así como su posterior toma de manifestaciones.

En efecto, durante el plenario, tuvo lugar la declaración de la Funcionaria del CNP NUM010, la Inspectora del Grupo I de la UCRIF que, como la testigo indicó, es un grupo policial encargado en la investigación de redes y organizaciones dedicadas a la introducción de personas de manera irregular desde África hasta nuestro país.

En relación a la forma en la que actuaron para tratar de identificar a los posibles patrones de la embarcación, la agente afirmó que, en un primer momento, identificaron las nacionalidades de las personas que viajaban en la patera así como el idioma que pudieran entender con la intérprete que les acompañaba y que, en este caso, hablaba francés y árabe.

La testigo dijo que tuvieron que identificar y reseñar a los 65 mayores de edad que viajaban, no pudiendo recibir en declaración a todos ellos, si bien cree que habrían interrogado a más de la mitad, posiblemente a unos 40 viajeros del cayuco.

La agente explicó que, en muchas ocasiones, no todos los testigos quieren hablar o pueden entenderse con ellos; por eso, escogieron a aquellos con quienes podía comunicarse, en francés o árabe, y que estaban dispuestos a declarar.





En relación al resto de viajeros de la embarcación, la agente dijo que no se incluyeron sus manifestaciones porque, a su juicio, no resultaban relevantes para la identificación de los posibles patrones de la embarcación.

Respecto a la forma en la que realizaron los reconocimientos fotográficos así como las tomas de manifestaciones, la testigo explicó que se llevaron a cabo con la presencia de la intérprete, siendo dichos reconocimientos claros y contundentes, sin que la traductora les advirtiera de dificultades para comunicarse con los testigos o que éstos no entendieran las preguntas que les formulaban.

Por las defensas de los acusados, se llamó la atención sobre el hecho de que la elección de los testigos había sido parcial y sesgada, teniendo en cuenta, únicamente, a los viajeros que podían comunicarse en francés o árabe, descartando, sin razón aparente, a otros posibles testigos de los hechos que pudiera haber contradicho lo afirmado por los primeros.

Pues bien, esta Sala comparte parcialmente los argumentos expuestos por las defensas. Del contenido de la documental obrante en autos se desprende que en el cayuco fueron identificados 65 varones mayores de edad, en su mayor parte en estado adecuado para tomarles declaración. Como dijo la Funcionaria del CNP encargada de la elección de los testigos, llegaron a tomar declaración a la mitad de ellos, unos 40 apuntó; sin embargo, únicamente, consta en autos la declaración de 7.

Dijo la agente deponente que descartó el resto de declaraciones puesto que no eran concluyentes, no querían hablar o no aportaban datos significativos; sin embargo, hubiera sido deseable que, cuanto menos, dichas declaraciones obraran en autos, con identificación de los viajeros que fueron interrogados, dando la oportunidad a todas las partes procesales y también a esta Sala de valorar, en su caso, la pertinencia o utilidad de dichos relatos.

Sin embargo, estas objeciones no impiden analizar, bajo los principios de inmediación y contradicciones, las declaraciones de los testigos propuestos a quienes las defensas de los acusados han podido interrogar tanto durante la práctica de las pruebas preconstituidas como durante el plenario, a efectos esclarecer la posible intervención de sus patrocinados en los hechos.

Sentado lo anterior, y entrando en la concreta prueba practicada, para la acusación pública, los testigos reconocieron de manera clara y contundente a unos y otros acusados como organizadores o responsables del cayuco, señalando, además, las funciones que los mismos llevaron a cabo en la embarcación y durante la travesía. Sin embargo, a criterio de esta Sala, tras la práctica de la prueba, en concreto, la declaración testifical presencial de Celso y Damaso así como la reproducción de las pruebas preconstituidas practicadas a Donato, Edmundo, Celso y Felix, no puede afirmarse que dichas identificaciones fueran contundentes e inequívocas, como tampoco que resultaran esclarecedoras sus manifestaciones sobre las concretas funciones que cada uno de los acusados llevaba a cabo dentro del cayuco. Al contrario, las declaraciones testificales arrojaron evidentes dudas sobre la identificación de los acusados como las personas que llevaron a cabo alguna labor de organización, conducción o tarea auxiliar en la patera, y dichas dudas deben resolverse a favor de los mismos.

Veamos. En primer lugar, procede analizar la declaración policial y judicial que fue llevada a cabo por los testigos que, como ya se ha hecho constar anteriormente, declararon personalmente durante el plenario: Damaso y Celso.

Consta en autos que con fecha de 20 de diciembre de 2021, se procedió a tomar declaración policial a Damaso (folio 145 y siguientes), con la intervención de la intérprete Inmaculada. Respecto a la identificación de las personas que desempeñaban alguna función en la patera, según su declaración policial identificó, sin ningún género de dudas, a los detenidos con el nº NUM015 (se corresponde con el acusado Marcial), NUM021 (se corresponde con el acusado Leoncio) y 9 (se corresponde con el acusado en rebeldía Pedro Antonio) como los patrones de la embarcación.

Igualmente, se recoge que el testigo identificó a los detenidos nº NUM019 (el acusado Joaquín), NUM020 (el acusado Cosme), NUM016 (el acusado Miguel) y NUM014 (el acusado en rebeldía Pedro Antonio) como las personas encargadas del reparto de comida en la embarcación. Al detenido nº NUM017 (el acusado Demetrio) como el cocinero de la patera y al nº NUM021 (el acusado Leoncio) como el que también se encargaba del reparto de la comida, reparto de asientos y quien les gritaba y amenazaba si se movían del asiento. Finalmente consta que reconoció al detenido nº NUM022 (que se corresponde con el acusado Justiniano) como la persona que se encargaba de arrojar al mar los cadáveres de los viajeros que fallecían durante la travesía, y amenazaba a los viajeros si pedían algo.

Sin embargo, durante el plenario, el testigo no ratificó dicha identificación. En efecto, Damaso explicó que no conocía Leoncio. Que no eran correctas las manifestaciones suyas que se recogieron en la declaración policial. Insistió en el hecho de que estaba muy enfermo y que le hablaron en francés que no es un idioma con el que se puede comunicar correctamente.





El testigo explicó que, en el juzgado, identificó a las personas que iban con él en el cayuco, pero no quiso decir que fueran los responsables de la patera, negando que las personas que pudo ver detrás del biombo fueran quienes conducían el barco. Se refería, únicamente, a que todos los que vio iban con él en la embarcación.

Durante la segunda sesión del juicio oral, se produjo la declaración de Celso. Su declaración policial fue llevada a cabo el día 20 de diciembre de 2021 en presencia de la intérprete Inmaculada (folios 111 y siguientes). Respecto a la identificación de las personas que desempeñaban alguna función en la patera, consta que el testigo reconoció, sin ningún género de dudas, a los detenidos con el número NUM015 (el acusado Marcial), NUM016 (el acusado Miguel), NUM017 (el acusado Demetrio) y al número NUM018 (el acusado Matías) como los patrones de la embarcación.

Igualmente, se recoge que el testigo identificó a los detenidos NUM019 (el acusado Joaquín), NUM020 (el acusado Cosme) como las personas encargadas del reparto de comida en la embarcación; al nº NUM017 (el acusado Demetrio) como el cocinero de la patera y al nº NUM021 (el acusado Leoncio) como el que también se encargaba del reparto de la comida, reparto de asientos y quien les gritaba y amenazaba si se movían del asiento. Finalmente consta que reconoció al detenido número NUM022 (el acusado Justiniano) como la persona que se encargaba de arrojar los cadáveres al mar de los viajeros que fallecía y amenazaba a los viajeros si pedían algo.

No obstante, durante el plenario dicha declaración no fue ratificada. En efecto, el testigo contó que cogió el cayuco desde Gambia. Se enteró del viaje cuando estaba trabajando en una playa. Pagó 600.000 cfa a la persona que le informó del viaje. En relación a la forma en la que embarcó, explicó que había personas de muchas nacionalidades, que él fue uno de los últimos en llegar, por eso se sentó en el sitio que quedaba libre. Respecto a la organización de ese primer acceso a la patera, dijo que era de noche, y no sabía quien estaba organizando la llegada o si había alguien que llevaba a cabo dicha tarea. Preguntado por qué en su declaración policial había identificado al acusado Leoncio como la persona que repartía los asientos, dijo que en policía le hablaron en francés, idioma que no entendía mucho y pensó que le estaban preguntando si habían viajado juntos, razón por la que señaló al acusado.

Igualmente, el testigo explicó que en Comisaría indicó que él solo hablaba wolof, pero le indicaron que no hacía falta que entendiera mucho, y le hablaron en francés, idioma en el que se puede entender pero con dificultades.

Preguntado por la acusación pública en relación a las identificaciones que había realizado en el Juzgado de Instrucción, el testigo dijo que a él le enseñaron personas con unos números y que identificó a aquellas que habían viajado con él. Igualmente, negó que el acusado Leoncio se encargara de repartir la comida puesto que el testigo llevaba comida en la mochila, siendo así que Leoncio fue quien, cuando se le acabó la comida, le dio de la suya.

Respecto a la forma en la que se llevó a cabo la travesía, el testigo dijo que iba sentado en la parte delantera. No se podían mover porque había muchas personas en el interior de la embarcación. Igualmente dijo que cayó enfermo y oyó que los motores se había averiado. También escuchó que había fallecidos durante el viaje, si bien indicó que no eran de la parte delantera en la que él se encontraba.

Ante la evidente retractación que estos dos testigos en relación tanto con su declaración policial como respecto a los reconocimientos fotográficos llevados a cabo en Comisaría, procede tener en cuenta el contenido de la STS de 5 de abril de 2017: "cuando se produce una diferencia entre testimonios probatorios sumariales y los manifestados ante el Tribunal sentenciador se puede someter a contraste su contenido y depurar las discordancias para obtener de manera directa una conclusión válida sobre la veracidad o credibilidad de unas u otras, debiendo explicar aquél las razones que le han llevado a optar por el material probatorio existente en el sumario y argumentar las razones que le han llevado a considerarlo verosímil y fiable; sólo con estas cautelas se puede dar paso a pruebas obtenidas en la fase de investigación al margen de la publicidad y fuera de la presencia de los órganos juzgadores (STS 90/1996, de 30/01).

Jurisprudencialmente hemos requerido la concurrencia de circunstancias que afectan tanto a las condiciones de validez de la prueba que permita su valoración como a los criterios de valoración. Así, en primer término, para que la declaración sumarial sea valorable en sentido objetivo, es decir susceptible de ser valorada como material probatorio, es preciso que se incorpore al plenario sometiéndose a la contradicción, exigencia condicionante de la propia idoneidad probatoria de la declaración sumarial, sin la cual ésta no puede ser considerada siquiera por el Tribunal de instancia en la formación de su convicción. Es necesario para ello que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procediendo a la lectura de aquélla y permitiendo a las partes someter la declaración a contradicción (SSTS de 5 de noviembre de 1996 y 20 de mayo de 1997; y STC de 29 de septiembre de 1997). Sin esta incorporación al plenario la declaración sumarial no es prueba, ni cabe ser considerada.





Esta exigencia presupone que la declaración que se incorpora al enjuiciamiento, provenga del sumario, es decir, de la documentación de la actuación judicial en investigación de un hecho delictivo, pues así lo exige el art. 714 de la Ley Procesal, que refiere la posibilidad de dar lectura a las declaraciones del sumario, esto es las practicadas en sede jurisdiccional con exclusión de las celebradas ante la policía. Además tal declaración ha de ser realizada con observancia de las reglas que rigen la práctica de estas diligencias. Consecuentemente debe tratarse de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción reuniendo los requisitos exigidos por la Ley, pues fuera de este supuesto no se trataría propiamente de diligencias sumariales de prueba, de forma que, aún no satisfaciéndose el principio de contradicción en aquella declaración, puesto que sucede con frecuencia, sobre todo cuando se trata del denunciante, que su declaración se produce con anterioridad a la del imputado, que dicho principio esencial del proceso se desenvuelve en el acto del plenario, mediante la lectura concreta y puntual de la diligencia, abriéndose de esta forma a las partes la posibilidad de salvaguardar sus derechos (SSTS 4.3.2002, 17.7.2002, 5.12.2003). Por otra parte, la contradicción que permite la lectura de las obrantes en el sumario debe recaer sobre aspectos esenciales del testimonio, como afirmaciones contradictorias o retractaciones totales o parciales.

La declaración sumarial debe ser incorporada al juicio mediante su lectura a petición de cualquiera de las partes como establece el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiéndolo hacer el Tribunal de oficio (art. 708 párrafo segundo LECrim.). Como consecuencia de esa lectura ha de ser interpelado el declarante sobre las razones de su divergencia siendo entonces cuando el Tribunal puede sopesar la credibilidad de lo manifestado por el testigo y decantarse por lo declarado en sumario o en juicio oral.

Con relación a esta última exigencia la jurisprudencia de esta Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional han relativizado el requisito formal de la lectura considerando suficiente el que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del art. 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el juicio oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna. Lo que no puede hacerse es traer sorpresivamente desde el sumario a la sentencia, sin antes haber pasado por la posibilidad de ser debatido en el juicio oral (principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación) ese dato que se incorpora al relato de hechos probados. En todo caso lo que no es suficiente para que la declaración sumarial pueda ser tenida en cuenta es el empleo de la expresión ritual "por reproducida", práctica censurable inoperante para la efectiva entrada en el plenario de la declaración sumarial, y rechazada por la doctrina jurisprudencial.

Incorporada al juicio oral la declaración sumarial, en cuanto a las condiciones de valoración de la declaración obrante en el sumario, analizamos las exigencias que deben concurrir en la sentencia que la valora 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.

En primer lugar, por la falta de inmediación 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 inmediación, 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.

En suma, las contradicciones, retractaciones o correcciones sobre la implicación de los coacusados, no significan inexistencia de prueba de cargo sino que constituyen un tema de valoración o apreciación probatoria, pudiendo el Tribunal confrontar unas y otras versiones y formar un juicio de conciencia, en función de las máximas ordinarias de experiencia, sobre su respectiva veracidad, atendiendo a su coherencia, incoherencia interna y razones expresadas para justificar la retractación, conforme a lo prevenido por el art. 741 de la LECrim. (cfr. SSTS 1721/2002, 14 de octubre; 74/2002, 23 de enero y 1179/2001, 20 de julio, entre otras muchas). Como señala la STC 155/1998, 1 de junio, lo que resulta determinante para la apreciación de la legitimidad de una declaración practicada en el sumario y contradictoria con la practicada en el juicio oral es que se dé oportunidad a quien ha efectuado esas declaraciones contradictorias para que explique esa diferencia y que el Juez pueda valorar con inmediación la rectificación producida. Asimismo, la STC 142/2003,





14 de julio , califica como criterio jurisprudencial consolidado la posibilidad de que, en caso de contradicción entre los resultados de ambos medios de prueba, el órgano judicial funde su convicción en las pruebas sumariales en detrimento de lo manifestado en el juicio oral (cfr. SSTC 82/1988 , 161/1990 , 51/1995 , entre otras)."

Aplicando la doctrina anterior al caso de autos, esta Sala debe estar a las declaraciones que fueron prestadas, durante el plenario, por los testigos Celso y Damaso , quienes no reconocieron a los acusados como las personas que había llevado a cabo alguna labor de organización o ayuda al manejo del cayuco.

Así y en relación al acusado Leoncio , único respecto al cual el Ministerio Fiscal insistió en el interrogatorio que realizó a los testigos pidiéndoles explicaciones sobre sus contradicciones con las declaraciones que prestaron en sede policial, procede advertir que tanto Celso como Damaso aportaron una explicación creíble a dicha retractación. Y fue el idioma. Ambos testigos explicaron que fueron interrogados en francés, idioma que conocen pero que no dominan. El dialecto en el que se expresan y comunican es el wolof, siendo éste el idioma en el que pudieron expresarse durante el plenario.

En este contexto, no es posible descartar que los testigos tuvieran dificultad para expresarse y, sobre todo, para describir las tareas que podía llevar a cabo las personas que señalaban. Y esta dificultad a la hora de declarar en francés se pudo constatar y estuvo presente, igualmente, durante la práctica de las pruebas preconstituidas, como se pondrá de manifiesto posteriormente a la hora de realizar un análisis de las mismas.

El Ministerio público insistió en el hecho de que los testigos, ni en Comisaría ni durante la fase de instrucción, indicaron que tenían dificultades para entender el idioma; sin embargo, Celso y Damaso indicaron que sí lo llegaron a comunicar pero les insistieron que tenían que comunicarse en francés, idioma que conocen pero que no dominan.

La acusación pública llamó la atención sobre el miedo que los extranjeros víctimas de delitos como el analizados suelen tener cuando llegan a España, por miedo a las represalias que pudiera sufrir.

Pues bien, el miedo como factor que pudiera influir en la declaración de víctimas o testigos de un delito ha sido abordado por la Jurisprudencia del TS, llegando a afirmar a propósito de los delitos contra los derechos de los extranjeros: " es evidente que en este tipo de delitos existan especiales dificultades para que las víctimas expongan todo lo que ha ocurrido, ya que la situación que han vivido, las posibles amenazas que sufren con respecto a ellas, o la creencia de que las que les efectúan de que actuarán contra sus familiares en el país de origen les dificulta que puedan contar lo ocurrido e implicar directamente a sus captores y explotadores, lo que surge en el seno de una organización" (STS 422/20, de 23 de julio).

Sin embargo, el temor de los testigos a identificar a sus compañeros de viaje nada más arribar a costas españolas podría estar presente, a criterio de esta Sala, durante las primeras declaraciones y reconocimiento. Sin embargo, no parece que pudiera haberse prolongado en el caso de autos hasta el momento de la celebración del juicio oral. Como recordaron las defensas en trámite de informe, todos los acusados se encuentran en prisión preventiva desde diciembre de 2021 y los testigos declararon por medios telemáticos, sin que ningún contacto pudieran tener con los acusados.

Por consiguiente, como se hizo constar anteriormente, procede estar a la declaraciones que fueron prestadas por dichos testigos durante el plenario durante las cuales negaron que los acusados, especialmente Leoncio en quien se centró su interrogatorio la representante del Ministerio Fiscal, llevaran a cabo ningún labor de organización, pratroneo o similar durante la travesía.

SEXO.- No obstante, estas declaraciones no fueron las únicas que se practicaron durante el plenario, donde se reprodujeron cuatro pruebas preconstituidas. Se trató de los testimonios prestados por Donato , Edmundo , Celso y Felix .

En primer lugar, procede abordar la declaración policial y judicial prestada por el testigo Donato .

Consta en autos que con fecha de 20 de diciembre de 2021 se produjo su toma de declaración policial (folios 89 y siguientes), asistida de la intérprete Inmaculada .

Respecto a la identificación de las personas que desempeñaban alguna función en la patera, se hizo constar que el testigo no pudo señalar las personas que manejaban o pilotaban la embarcación. No obstante, se recoge que el testigo identificó a los detenidos NUM019 (el acusado Joaquín), NUM020 (el acusado Cosme), como la persona que repartían la comida; al detenido nº NUM021 (el acusado Leoncio) como la persona que ayudaba en el reparto de comida y se encargaba del reparto de asientos, y al detenido nº NUM017 (se corresponde con el acusado Demetrio) como el cocinero de la patera.





Igualmente, reconoció al detenido nº 13 (que no se corresponde con ninguno de los enjuiciados) como la persona que llevaba la brújula y el gps.

Durante la práctica de la prueba preconstituida, el testigo, asistido de un intérprete de francés, dijo, tras ratificarse en su declaración policial, que llegó a canarias el día 19 de diciembre. Que era de Senegal, y cogió el barco en Gambia, de donde había salido un jueves del mes de diciembre.

El testigo contó que pagó 400,000 cfas por el viaje. Dicho pago lo hizo en Gambia a donde le trasladaron desde Senegal. Sabía a la parte de España que iba a llegar, en concreto, a Canarias, a Tenerife. No le explicaron las condiciones del viaje, solo que tenía que apagar el móvil. No llevaban chalecos salvavidas y él no sabía nadar.

Según el testigo, hasta la embarcación llegó de noche, donde unas personas le dijeron el lugar en el que tenía que sentarse. Les comunicaron que el viaje duraría 9 días, pero tardaron NUM020 puesto que tuvieron una avería en los dos motores de la embarcación.

El testigo indicó que iban 106 personas en la patera, percatándose que, al menos, 1 persona falleció durante el trayecto. Estaba sentado en la cabeza del barco, no se podían mover, iban muy llenos. Algunos tenían ropa para protegerse y otros no, si bien él solo tenían una americana. Vio donde estaba el combustible, la comida y el agua. Se hallaba todo en la parte posterior del barco si bien la persona que hacía las funciones de cocinero se encontraba en la parte delantera del barco. En relación al reparto de comida, el testigo afirmó que tenían galletas y arroz, y les daban de comer una vez al día. A partir de día 16 y 17 ya les faltaba agua y solo podían tomar un sorbo. Había una persona que iba dando la comida y al agua, no podían tomarla libremente.

El barco no tenía luz, ni instrumentos de navegaciones que les permitiera pedir auxilio. Trataron de arreglar el primer motor, pero no pudieron y estuvieron navegando con el segundo motor hasta que se paró. Había olas muy fuertes pero no llovía. El barco se movía. Temió por su vida, pensaron que iban a morir. Entró mucha agua dentro del barco y trataron de achicarla.

El testigo dijo que alguien se tiró al agua tratando de arreglar el motor, y murió, se tiró un segunda persona pero lo sacaron para que no muriera, pero dice que fallecieron dos personas.

Había alguien que se encargaba de mantener el orden, y también organizaba a la gente sobre cómo se sentaba. También había una persona que les tranquilizaba. Era una persona distinta de la que organizaba en Gambia.

Desde donde estaba sentando, no podía ver bien, solo veía a alguien cuando iban hasta la cabeza del barco. Vio a alguien manejar el barco y también el gps, era la misma persona. Era la misma persona que lo llevaba todo el tiempo. También identificó al cocinero.

El testigo fue preguntado sobre si había alguna persona que les amenazó durante al viaje y aun cuando en un primer momento afirmó que sí, a continuación dijo que se había confundido y que les decían que se tranquilizaran pero no les amenazaban. Además, tampoco vio que amenazaban a otras personas.

Preguntado por la acusación pública si, a su juicio, creía que había un jefe, el testigo dijo que sí, entendiendo que dicho jefe era la persona que les decía que no se levantarán y les indicaba cómo se debían sentar.

Durante la práctica de la prueba, se pidió al testigo que reconociera a los acusados que se encontraban detrás del biombo. Y se puede advertir cómo el testigo reconoció a quien estaba identificado con el nº NUM011 (el acusado Joaquín), como el cocinero; al nº NUM012 (el acusado Leoncio) como al persona que sentaba a la gente y les organizaba; al nº NUM013 (el acusado Demetrio) como al persona que conducía el barco, si bien el intérprete indicó que conducía el cayuco con una vela cuando se quedaron sin motores. También señaló el número NUM014 (el acusado Miguel) como el cocinero, sin poder identificar a ninguna otra persona porque, como insistió, iban a la zona delantera del barco y no podía ver bien lo que ocurría detrás.

Así las cosas, vemos que los reconocimientos llevados a cabo durante el plenario no ratificaron, en su totalidad, los que el testigo efectuó en Comisaría.

En efecto, en policía el testigo reconoció al acusado Demetrio, Joaquín, Leoncio y Cosme; sin embargo, durante la práctica de la prueba, reconoció a los tres primeros, pero no al acusado Cosme, además de haber reconocido a Miguel que no identificó en Comisaría.

Además, no puede obviarse que, durante su declaración policial, indicó que no podía identificar a las personas que conducían el barco, lo que contrasta con el hecho de que en el Juzgado de Instrucción llegó a reconocer al acusado Demetrio como una de las personas que conducía la embarcación a quien, sin embargo, en sede policial atribuyó la función de reparto de comida.

Igualmente, el acusado reconoció al acusado Miguel como uno de los cocineros de la embarcación, pese a que no le reconoció en sede policial.





Tampoco el testigo ratificó el reconocimiento policial que hizo en Comisaría del acusado Cosme pese que en dicha instancia aseguró que se trataba de una de las personas que se encargaba del reparto de comida.

Por consiguiente, los únicos reconocimientos plenamente coincidentes en sede policial y judicial fueron el del acusado Leoncio y Joaquín. En ambos casos, el testigo afirmó que eran las personas que llevaban a cabo tareas de reparto de comida.

A continuación, procede hacer referencia a la declaración del testigo Edmundo. Su relato policial tuvo lugar el día 20 de diciembre de 2021, siendo asistido por la intérprete Inmaculada (folios 77 y siguientes).

Consta que identificó al número NUM015 (el acusado Marcial), NUM016 (el acusado Miguel), NUM017 (el acusado Demetrio) y al número NUM018 (que se corresponde con el acusado Matías) y al detenido nº NUM014 (el acusado declarado en rebeldía Pedro Antonio) como los patrones de la embarcación.

Igualmente, se recoge que el testigo identificó a los detenidos NUM019 (el acusado Joaquín), NUM020 (el acusado Cosme) como las personas encargadas del reparto de comida en la embarcación; al nº NUM017 (el acusado Demetrio) como el cocinero de la patera y al nº NUM021 (el acusado Leoncio) como el que también se encargaba del reparto de la comida, reparto de asientos y quien les gritaba y amenazaba si se movían del asiento. Además, identificó a los detenidos nº NUM015 (Marcial) y nº NUM022 (Justiniano) como las personas encargadas del gps y la brújula y a este último como el que se encargaba de tirar por al agua a los fallecidos incluso contra la expresa oposición de sus familiares y amenazaba a los viajeros si pedían algo.

Durante la práctica de la prueba preconstituida, dijo que conoció a los acusados en el viaje. Salió de Senegal. Pagó para venir a España 400.000 cfa a un senegalés que viajó en el barco y que identifica como "Torero". Le dijeron que iba a viajar a España y que tardarían 7 días pero tardaron 10 días porque tuvieron una avería. Iba sentando en el medio. Tenían un poco para comer y poca agua. Había una persona encargada de repartir la comida. Notó viento y olas. Tenían miedo. Solo murió una persona. Lo pasaron para atrás y durante la noche lo tiraron al mar. No vio a la persona que lo tiró al mar. Había una persona encargada de mantener el orden, les amenazaban, les decían que sin no estaban tranquilos los iban a echar al agua. No llevaban chalecos salvavidas. Dijo que una persona llevaba una brújula y otra persona llevaba un gps. La persona que les dijo que se mantuvieran, además tenía otra función, si bien el testigo no señaló cual.

Según el testigo, la persona que repartía la comida les decía que si comían rápido le iban a golpear. Dijo que la policía les mostró unas fotos y entre esas fotos identificó a las personas que conducían la patera y que les daban de comer y también a quienes manejaban el Gps y que les amenazó, ratificándose en los reconocimientos.

A continuación se interesó del testigo que procediera a realizar la identificación de los ahora acusados a través del biombo. Esta Sala debe decir que dicho acto de reconocimiento resultó confuso.

En efecto, se pidió al testigo que mirase al acusado identificado como nº NUM023 (el acusado en rebeldía Pedro Antonio), diciendo el testigo que era el que conducía y que "le había arreglado los papeles".

A continuación, se pide que mire al nº NUM024 (el acusado Cosme), indicando el testigo de una manera un tanto confusa que "el acusado es senegalés y el testigo es guineano". Por la representante del Ministerio Fiscal se vuelve a preguntar al testigo si le reconoce, momento en el que Edmundo dice que "al NUM011 es al que reconozco". Vuelve a preguntar la representante pública por el acusado señalado con el nº NUM024, diciendo finalmente el testigo que "es el que llevaba el timón y que no ha visto que haya pegado a nadie".

Seguidamente se va pidiendo al testigo que, a la vista que cada uno de los acusados, indique si le reconocía y había llevado a cabo alguna labor en la partes. Así van levantándose cada uno de los acusados, de tal forma que se pide al testigo que mire al nº NUM013 (el acusado Demetrio), indicando que es uno de los que preparaba la comida y también dirigía la embarcación. En relación al nº NUM011 (Joaquín), el testigo dijo que era un simple pasajero pero a veces preparaba la comida. Respecto al nº NUM012 (Leoncio) el testigo afirmó que era conductor y repartía la comida. Les decía que si no estaban tranquilos, les iba a tirar al agua. En relación al nº NUM025 (Marcial), indica que llevaba el gps. El nº NUM026 (Matías), no lo conoce bien. En cuando al nº NUM027 (Justiniano), refirió que un día golpeó a dos personas del cayuco. Se le pregunta si hacía algo más, en concreto, si conducía la patera, y es cuando el testigo afirma que "conducía la patera". Y finalmente, en relación al nº NUM014 (Miguel), refiere que conducía el cayuco y cuando estaba fatigado venía otro y le sustituía.

Por consiguiente, y poniendo en relación la declaración policial y judicial prestada por este testigo, tenemos que el testigo no reconoció al acusado Matías pese a que en sede policial dijo que era una de las personas que patroneaba la embarcación.





Igualmente, indicó que el acusado Justiniano un día golpeó a dos personas y que era una de las personas que dirigía la embarcación, pese a que en la comisaría afirmó que era uno de los que tiraba a los fallecidos al mar, no atribuyéndole ninguna función de dirección del timón.

Consta que el testigo reconoció al acusado Cosme como una de las personas que llevaba el timón pese a que en Comisaría afirmó que se encargaba del reparto de comida.

Respecto al acusado Joaquín, el testigo dijo que era un simple pasajero aunque una vez le vio dar comida, pese a que en sede policial dijo que era una de las personas encargadas de distribuir la comida.

En relación al acusado Leoncio, el testigo fue coincidente cuando dijo que se encargaba de repartir la comida y les llegó a amenazar para que no se moviera cuando estaban en el barco; sin embargo, indicó que se trataba de una de las personas que conducía el barco, cosa que no indicó en Comisaría.

Lo mismo puede decirse en relación con el reconocimiento del acusado Marcial a quien el testigo atribuyó la función de controlar el gps y conducir el barco en su declaración policial mientras que en sede judicial afirmó que únicamente se encargaba de llevar el gps.

A continuación procede analizar la declaración del testigo Celso. Su declaración policial se produjo el día 20 de diciembre de 2021 (folios 123 y siguientes).

Consta que identificó al número NUM015 (el acusado Marcial) y NUM021 (Leoncio) como los patrones de la embarcación.

Igualmente, se recoge que el testigo identificó al NUM019 (se corresponde con el acusado Joaquín), NUM020 (el acusado Cosme) como las personas encargadas del reparto de comida en la embarcación; al n.º NUM017 (el acusado Demetrio) como el cocinero de la patera y al n.º NUM021 (el acusado Leoncio) como el que también se encargaba del reparto de la comida, reparto de asientos y quien les gritaba y amenazaba si se movían del asiento. Además, identificó al detenido n.º NUM022 (Justiniano) como las personas que se encargaba de tirar por al agua a los fallecidos incluso contra la expresa oposición de sus familiares y amenazaba a los viajeros si pedían algo, llegando a golpear a uno de los menores de edad.

Durante la práctica de la prueba preconstituida, dijo que cogió la patera en Gambia. Era agricultor en su país, se enteró del viaje porque se lo dijo su hermano mayor. pagó 400.000 cfa pero no conoce a la persona a quien pagó, se quedó allí, no viajó. No sabía las condiciones del viaje, indicando que si las hubiera conocido no se hubiera subido. El viaje duró 17 días porque hubo una avería en el motor.

Celso indicó que cuando se subió había una persona organizando en la parte alta del barco y repartía los asientos. El testigo identificó a dicha persona como el n.º NUM012, el acusado Leoncio, respecto a quien afirmó que no tenía otra función en el barco además de repartir los asientos y que no manejaba la embarcación, negando haber realizado dicha afirmación ante la policía.

Resultó llamativo que por la acusación pública se interesó que el testigo fuera preguntado si conocía el significado de la palabra patrón, contestado el testigo que "no la conocía".

A continuación, la acusación pública vuelve a pedir al testigo que mire tras al biombo para ver si reconoce a alguna persona más que conducía el barco o se ocupaba de los motores, identificando al n.º NUM026, tratándose del acusado Marcial, si bien el testigo afirmó, a continuación, que se encontraba muy enfermo durante la travesía.

El testigo continuó afirmando que "no les amenazaron", si bien, a continuación indicó que el acusado n.º NUM012 (Leoncio) se enfadaba si se movían y daba órdenes.

El testigo dijo que había enfermos y muertos. Tuvo problemas en un pie porque estaba sentado todo el rato y no tenía posibilidad de moverse en el barco.

Indicó que tuvieron una avería y se quedaron sin motor que no pudieron arreglar. También se estropeó el segundo motor.

El testigo dijo que el capitán del barco cayó al agua y murió, pero "no sabía si había otras personas haciendo otras cosas". Preguntado a qué se refiere como capitán dice que el responsable del barco. No sabe si había más personas responsables del barco. Cuando se murió el capitán, otras personas empezaron a organizar. En relación al n.º NUM012 (Leoncio), dijo que cuando se murió el capitán del barco, fueron responsables las otras personas que ha reconocido. Volvió a insistir que el n.º NUM012 (Leoncio) asumió las funciones cuando el capitán se cayó. El capitán murió el día 10 de la travesía.

Tenían agua y arroz y galletas. Comía dos veces al día poco. No podían comer ni beber cuando querían.





El testigo dijo que el nº NUM023 (el acusado Miguel) era el cocinero, no sabe quién más le ayudaba. A continuación, indicó que no había más personas que se encargaban de la comida entre los acusados, pero cuando le preguntan por dicha contradicción en relación a su declaración policial, vuelve a mirar a través del biombo e identifica al nº NUM025 (el acusado Joaquín), como la persona que, junto con un tercero que no identifica, ayudaba al cocinero.

Explicó que fallecieron varias personas y que las tiraban por la borda. No lo vio pero se lo dijeron. No sabe quien los tiraba porque él estaba dormido. Se le pregunta por qué dijo en policía que sabía quien era la persona que tiraba los cadáveres al mar, volvió a mirar a través del biombo e insistió que no reconocía a ninguno y añadió que la policía le mostró unas fotos, pero ahora no los reconoce. Le preguntan si vio tirar a los cadáveres a la mar y dice que no lo vio porque se lo dijeron.

El testigo afirmó que no hubo una pelea. Preguntado por que dijo en policía que había pegado a un menor, dice que sí lo dijo porque pegaron a un menor. Continuó diciendo que no tenía miedo de hablar, no le han dicho que no hable y que estuvo toda la travesía enfermo. No sabe lo que es gps. No tenían luz ni nada para comunicarse. No llevaban chaleco salvavidas.

Finalmente, el testigo dice que al n.º NUM024 : no tuvo funciones; n.º NUM013 : no tuvo funciones; n.º NUM011 : no tuvo funciones; n.º NUM027 : no tuvo funciones; n.º NUM014 : no tuvo funciones.

No constan identificados en el acta de la prueba preconstituida los acusados que se correspondían con estos últimos números (folios 212 y siguientes). Tampoco se hizo constar en ningún momento de la grabación de la prueba preconstituida los números de pulsera de dichos acusados.

Como ocurrió a propósito de testigo anterior, no podemos decir que nos encontremos ante reconocimientos coincidentes puesto que, durante la práctica de la prueba, identificó y atribuyó funciones a los acusados Marcial, Miguel, Joaquín y Leoncio; mientras que en Comisaría reconoció a los acusados Demetrio y Justiniano que no identificó ante el Juzgado de Instrucción; además señaló al acusado Miguel a quien no había identificado en sede policial.

Finalmente, procede analizar la declaración que fue prestada por el testigo Felix.

En su declaración policial (folios 135 y siguientes) reconoció a los detenidos con nº NUM015 (Marcial) y NUM017 (Demetrio) como las personas que patroneaba la patera. A los detenidos con nº NUM019 (Joaquín) y NUM020 (Cosme) como las personas encargados del reparto de comida dentro de la embarcación. A los detenidos nº NUM021 (Leoncio) y NUM016 (Miguel) como las personas que se encargaban de la distribución de la comida además el primero asumía las funciones de reparto de asientos, y ordenar al barco para mantener la calma, amenazándoles cuando pedía comida. Finalmente, dijo que el detenido nº NUM022 (Justiniano) era el encargado de tirar a las personas que fallecían por la borda.

Durante la prueba preconstituida, el testigo comenzó afirmando que "no entendía mucho el francés", pese a lo cual continuó la declaración con un intérprete en dicho idioma.

Felix dijo que era de Guinea y cogió la patera en Gambia. No sabía bien el país al que iba a llegar. Pagó por venir y sabía que venía a España. Pagó 400,000 cfa, pero no sabe a quien se lo pagó. Entre que pagó y llegó al barco pasaron 1 o 2 días. No recordaba la persona que le llevó hasta Gambia. No le dieron información sobre el viaje. Dijo que pasó 17 días en el barco. No sabía nadar mucho y no tenían chaleco salvavidas. No sabía cuantas personas había en el barco pero eran muchos. Murió gente durante el viaje, al menos, 1 persona. Él vio, al menos, 1 persona que murió. Había mucha gente enferma. Les dijeron a la policía que habían muerto 17 personas porque lo oyó dentro del barco. Dijo en la policía que vio a la persona que tiró al muerto por la borda, pero dice ahora que no dijo eso. Explicó que había una persona tranquilizando a la gente y alguien organizando como entrar en la patera en tierra pero esa persona no subió al barco.

El testigo continuó explicando que tenía mucho frío durante el viaje. Se estropearon los motores, los dos motores, por eso tardaron 17 días. No sabe si tenía gps. No tenían radio ni luces para hacerse visibles por la noche. Pasó miedo y pensó que podía morir.

El testigo dijo que, durante el viaje Leoncio les amenazaba, pero a continuación indicó que les tranquilizaba y les decía que tenían que callarse para que pudiera dirigir el barco bien. No vio a Leoncio pegar a nadie.

No les dijeron que lo que tendrían que decir para el caso de que fueran detenidos. No conocía a nadie del barco. Según el testigo, no había nadie que fuera el que dirigía el barco. No tenían mucha comida. Solo podían tomar un sorbo de agua. Había gente que organizaba la comida. Identificó en policía, a los que llevaban el barco y a los que se encargaban de repartir la comida, les conocía muy bien a estos. Y también reconoció a las personas encargadas de mantener el orden. Estaba sentado delante. Donde él estaba, podía ver quien llevaba el barco, "pero no mucho". Dijo que podía ver a quienes llevaban el motor, les vio en más de una ocasión llevando el barco.





Llegado el momento de los reconocimientos, identificó al n.º NUM025 como quien llevaba el barco (Marcial). En relación el número NUM013 (Demetrio), dijo que también llevaba el barco. Al número NUM026 (Matías) lo vio una vez dando la comida; y respecto al n.º NUM024 (Cosme) dijo que también les repartía la comida. A continuación, volvió a identificar al n.º NUM013 (Demetrio), como la persona que había repartido de comida; al n.º NUM011 (el acusado Joaquín), dijo que le vio repartir comida una sola vez. En relación al n.º NUM012 (Leoncio) indicó que se encargaba del reparto de comida y organizaba los asientos.

Finalmente, dijo que no vio cuando falló el segundo motor. No sabía si cayó alguien al agua. Supo que falló el segundo motor pero no la razón, trataron de arreglarlo pero no pudieron.

Realizando la misma comparativa efectuada en relación a los anteriores testigos, tenemos que, durante la declaración testifical sumarial, Felix reconoció a los acusados Marcial, Demetrio, Joaquín, Cosme, Leoncio ; siendo así que además reconoció judicialmente al acusado Matías pese a que no lo identificó en Comisaría, y en relación al acusado Miguel, consta que lo reconoció en dependencias policiales pero dijo que no le conocía durante la práctica de la prueba preconstituida.

Por consiguiente, el testigo reconoció al acusado Demetrio como la persona que llevaba el barco y repartía comida si bien en Comisaría dijo que solo era el patrón. Igualmente, identificó al acusado Matías pese a que no lo reconoció en Comisaría. Señaló al acusado Joaquín como una persona que había hecho el reparto de comida una sola vez y al acusado Leoncio como la persona que había repartido de comida y distribuía los asientos, pese a que en Comisaría dijo que amenazaba cuando les pedían algo. Tampoco identificó al acusado Justiniano como a la persona que tiraba los cadáveres al mar, ni al acusado Miguel pese a que en Comisaría dijo que era una de las personas que se encargaba del reparto de comida.

En relación al valor de los reconocimientos fotográficos policiales, procede estar al contenido del ATS de 21 de julio de 2022 según el cual: "De hecho, como recuerda la sentencia de esta Sala número 553/2016, de 22 de junio, el reconocimiento fotográfico efectuado en sede policial es una diligencia que facilita la investigación en tanto que permite orientar ésta hacia una determinada persona. Por ello, al propio tiempo, esta Sala ha establecido que cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación (vid. STS 285/2018, de 13 de junio), lo que implica que el reconocimiento realizado en el acto de la vista oral constituye un aspecto a valorar por el Tribunal de instancia, en función de lo que la inmediación de su práctica le dicte y para lo que goza de una posición privilegiada.

En este contexto, el Tribunal Constitucional ha estimado como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia, el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las posibles irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimiento en rueda anteriores (STS 786/2017, de 30 de noviembre).".

Igualmente en sentencia núm. 289/2020, de 5 junio, argumenta la Sala 2ª del Tribunal Supremo se advierte: " Los reconocimientos fotográficos policiales no constituye una diligencia de reconocimiento de identidad, sino una actuación previa de investigación, realizada generalmente por la Policía, con la finalidad de orientar adecuadamente las pesquisas encaminadas a la identificación del autor de los hechos. Los reconocimientos de identidad se han de efectuar en ruedas de reconocimiento con la presencia física del sospechoso, que debe estar asistido de letrado, o en el mismo acto del juicio oral (STS 503/2008, de 17 de julio (RJ 2008 , 5159) y 1202/2003, de 22 de septiembre (RJ 2003, 7174)).

El reconocimiento fotográfico no pasa de ser un medio válido de investigación policial o, incluso, judicial, por lo que, habiendo existido una verdadera actividad probatoria en el juicio oral, se trataría en principio de una actividad carente de toda relevancia con la presunción de inocencia. (STC 340/2005, de 20 de diciembre (RTC 2005, 340)).".

Así las cosas, descartando los reconocimientos fotográficos policiales que no fueron ratificados durante las pruebas preconstituidas ni por los testigos que despidieron durante el plenario, tenemos lo siguiente:

1º) El acusado Cosme fue reconocido por el testigo Felix y Edmundo ; sin embargo, mientras el primero, tras cierta insistencia por parte de la acusación pública, reconoció al acusado como patrón de la embarcación, el segundo testigo, le atribuyó funciones de reparto de comida. Se trata, por tanto, de un reconocimiento efectuado, únicamente, por dos testigos quienes, a su vez, le atribuyeron funciones distintas, lo que impide determinar la concreta participación del mismo en los hechos objeto de acusación

2º) El acusado Demetrio fue reconocido por los testigos Donato , Edmundo y Felix . Los tres dijeron que era una de las personas que manejaba la embarcación; además, Edmundo y Felix dijeron que también se encargaba del reparto de comida. Sin embargo, no puede obviarse que el testigo Donato apuntó de manera espontánea y sin ser expresamente preguntado al respecto, tras la identificación visual del acusado, que el





mismo se encargó de usar una especie de vela para dirigir la embarcación, lo que tuvo lugar cuando los motores se pararon. Y dicha declaración debe ponerse en relación con la exposición realizada por el testigo Celso quien también de manera espontánea, indicó que el "capitán" de la embarcación trató de arreglar los motores pero cayó al agua y murió, momento a partir del cual los acusados Leoncio y Marcial asumieron las funciones de dirección del barco. Luego podría concluirse que la intervención del acusado Demetrio se produjo de manera espontánea, cuando se perdieron los motores de la embarcación.

No parece que pueda deducirse, por tanto, que hubiera asumido tal función desde el inicio de la trayectoria, o, incluso con posterioridad, tras concertarse con otros organizadores.

Es cierto que los testigos señalaron a este acusado como una de las personas que se encargaba de repartir comida; sin embargo, no pudieron concretar si dicha labor la realizaban de manera continua o esporádica, sin especificar la forma en la que se hacía dicho reparto.

3º) El acusado Joaquín fue identificado como cocinero por los testigos Donato, Edmundo y Celso. No obstante, procede tener en cuenta que el testigo Edmundo dijo que se trataba de un simple pasajero a quien "alguna vez vio preparar la comida" y el testigo Celso explicó que este acusado "ayudaba al cocinero", junto con otra persona que no pudo identificar.

Por su parte, el testigo Felix dijo que el acusado se encargaba de repartir comida; luego, no puede identificarse la función que, efectivamente, podría haber tenido el acusado en el gobierno de la embarcación. Y si se encargó, realmente, de cocinar o repartir comida, que pudiera tratarse de una labor continua u ocasional, como dijo el testigo Edmundo.

4º) El acusado Leoncio fue identificado por todos los testigos que declararon a través de la prueba preconstituida; sin embargo, la diversidad de funciones que le fueron atribuidas por los mismos impide determinar cual era su concreta intervención en la organización de la embarcación. Si tenía alguna.

En efecto, los testigos Donato, Celso y Felix dijeron que se trataba de la persona que repartía los asientos. Por su parte, el testigo Edmundo dijo que condujo la patera y repartió comida, mientras que Felix dijo que repartió comida, asientos y llegó a amenazarles, si bien, posteriormente, rectificó indicando que solo tranquilizaba a los viajes. Sin embargo, el testigo Celso dijo que el acusado Leoncio, únicamente, se encargó de distribuir los asientos, pero solo después de que la persona que el propio testigo identificó como "capitan", falleciera tras caerse al mar intentando arreglar los motores; luego parece que su intervención en las labores de organización del cayuco fue espontánea y fruto de las circunstancias en las que pudieron encontrarse los viajeros cuando perdieron los motores del barco.

Por consiguiente, no es posible descartar que este acusado se limitara a realizar labores de patronaje y organización en el barco, cuando se produjo la pérdida de los motores, siendo su actuación espontánea y consecuencia de la situación de la que se encontraron los viajeros.

Además la función de "organizador o de distribuidor de asientos" no fue esclarecida por los testigos puesto que resultó muy confuso si dicha atribución de un lugar en el cayuco se produjo en el punto de partida, en Gambia, o, durante la travesía, como parecía que daban a entender algunos testigos, lo que, a juicio de esta Sala, resultaría contradictorio con las propias condiciones de viaje que fueron narradas por testigos y encausados. Todo ellos dijeron que, durante el trayecto, no se podía mover, estaban hacinados, alguno indicó que había llegado a puerto con heridas en las piernas por falta de movilidad; luego no parece que, durante la travesía, pudiera existir un movimiento o reparto de asientos más allá de los que pudiera haber ocupado los viajeros cuando accedieron a la embarcación.

Una vez más, por tanto, la falta de concreción respecto de la específica labor que algunos testigos atribuían a los acusados que identificaban, impide considerar su participación en tales hechos, más allá de una organización espontánea entre los propios viajeros.

5ª) El acusado Justiniano, fue identificado por el testigo Edmundo como una de las personas que dirigía el barco y golpeó a otro viajero, lo que no fue ratificado por ningún otro testigo.

En relación a este acusado, resultó llamativo que, según las declaraciones policiales de todos los testigos, se trataba de la persona que se encargaba de tirar los cadáveres de los fallecidos al mar, pese a la oposición de sus propios familiares. Actuación que no fue ratificada en ninguna de las pruebas preconstituidas que se llevaron a cabo. De hecho, únicamente, el testigo Edmundo reconoció a Justiniano como una de las personas que pudo llevar a cabo alguna actividad en la embarcación.

6ª) El acusado Marcial fue reconocido por el testigo Edmundo como una de las personas que llevaba el gps, lo que no fue ratificado por ningún otro testigo.





Igualmente, Felix y Celso lo identificaron como una de las personas que llevaba la embarcación; No obstante, como ya se ha hecho constar anteriormente, Celso dijo que los acusados a quienes señalaba asumieron dichas funciones en la patera cuando el "capitán" cayó al agua y murió. Además de añadir, tras reconocer al acusado Marcial, que estuvo muy enfermo durante toda la travesía.

En relación al reconocimiento efectuado por Felix procede advertir que aun cuando el mismo dijo que estaba seguro de la intervención de las personas que reconocía, no puede obviarse que, a renglón seguido, aseguro que desde no se encontraba no podía ver bien al resto y que, a su juicio, no había una persona que se encargara de dirigir la embarcación.

7º) El acusado Miguel fue identificado por Donato y Celso como cocinero, pero ningún otro testigo ratificó dicha función, siendo así que el testigo Edmundo dijo que se trataba de un conductor de la patera, lo que no fue corroborado por ningún otro testigo; circunstancias que impide determinar la función que tenía dicho acusado en la embarcación.

8º) Finalmente, y en relación al acusado Matías, solo el testigo Felix dijo que lo había visto una vez, repartiendo comida, lo que es insuficiente para considerar que llevara a cabo una actuación determinante del tipo delictivo por el que es juzgado.

No puede obviarse que la declaración de estos testigos, como se exige para el resto de tipos delictivos, para que puedan ser prueba apta para enverar el principio de presunción de inocencia debe de reunir las notas que, de manera absolutamente unánime y reiterada, exige la Jurisprudencia. En efecto, tal y como refiere la STS de 18 de abril de 2022:

"Esta Sala viene declarando que la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito. El riesgo se hace mayor si tal víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose aún más acentuado si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación, precisamente el propio acusador. Bastaría en muchos casos con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo - hemos dicho-, en aquellos casos en que la declaración del acusador no sólo es única prueba de la supuesta autoría del acusado sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose el grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación, fundada exclusivamente en la palabra del acusador, es tan imprecisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de practicar prueba en contrario. Éstas son palabras que resultan de la doctrina legal que ya fijamos en STS 1029/1997, de 29 de diciembre, y más recientemente, repetimos en STS 269/2014, de 20 de marzo.

Para verificar ese control, esta Sala ha señalado reiteradamente que, aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre;

2º) verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen el testimonio de la víctima, la que puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (art. 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); en definitiva, tal elemento contribuye a la constatación objetiva de la misma existencia del hecho;

3º) persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones ni cambios sustanciales de los hechos, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que evidencien su falta de verdad."

En el caso de autos, ciertamente, no puede afirmarse que los testigos identificaran a los acusados por motivos espurios puesto que no ha quedado acreditado que se conocieran previamente. Sin embargo, a criterio de esta Sala, no es posible apreciar, en su relato, la concurrencia de los otros elementos exigidos: la verosimilitud y la persistencia en la incriminación.





Así y siguiendo la STS de 10 de mayo de 2022: "El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa)

El tercer parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a las referidas pautas jurisprudenciales supone:

- a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable "no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones".
- b) Concreción en la declaración. La declaración ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que la víctima especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.
- c) Ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes."

Pues bien, como ya se ha hecho constar anteriormente, resultaron evidentes las contradicciones en las que incurrieron los testigos quienes, en no pocas ocasiones, se contradijeron con lo declarado en sede policial. Además, sus declaraciones adolecieron de una gran falta de concreción, motivada, probablemente, por las dificultades que se evidenciaban en algunos para declarar y comunicarse en francés, teniendo el intérprete que explicar a los testigos algunas preguntas o el contenido de algunas expresiones que fueron utilizadas durante su toma de declaración, en concreto, conceptos tan relevante para el enjuiciamiento de tales hechos tales como el concepto de "patrón" o "responsable del barco".

Igualmente, como se hizo constar anteriormente, resultaron confusas algunas de las tareas que los testigos atribuían a los acusados , especialmente, a los que señalaban como cocineros siendo así que ninguno fue preguntado por la forma en la que se llevaba a cabo la tarea de cocinar en la embarcación cuando la misma parece que carecía de los más mínimos utensilios con los que pudiera llevarse a cabo dicha práctica.

De la misma manera, tampoco se explicó cómo se llevaban a cabo las tareas de "reparto de comida", siendo así que tanto los acusados como los propios testigos manifestaron que no podían moverse durante todo el trayecto puesto que estaban hacinados, tratándose de un viaje emprendido en una embarcación de aproximadamente 20 metros, en el que viajaban más de 100 personas; no pudiendo descartarse, por tanto, la afirmación del acusado Demetrio quien dijo que la comida se la pasaban unos a otros, o de Justiniano y Leoncio quienes afirmaron que cada uno de ellos llevaba comida en la mochila, lo que corroboró el testigo Celso .

No puede escapar a la consideración de esta Sala que, a propósito de la conducción de la embarcación, tampoco los testigos fueron concretos, limitándose a afirmar que unos u otros acusados "conducían" la embarcación, pero sin especificar cómo la conducía o por cuanto tiempo, siendo así que el testigo Felix identificó a quienes consideraba patrones de la embarcación, si bien afirmó que "desde donde estaba sentado podía ver quienes llevaban el barco pero no mucho". El testigo Donato identificó a uno de los conducía el cayuco como quien hizo uso de una vela cuando se pararon los motores. Además, como se hizo constar anteriormente, algunos testigos no entendían el concepto de "patrón" por el que eran preguntados.

Ya hemos hecho mención anteriormente, a la confusión que se evidenció a propósito de la tarea de "reparto o asignación de asientos" que los testigos que declararon a través de prueba preconstituida, no los testigos presenciales, atribuyeron al acusado Leoncio , puesto que no fue posible determinar si dicha tarea la habría llevado a cabo en Gambia, o durante le trayecto pese a que todos los testigos afirmaron que no podían moverse de sus asientos.

Pero, a mayor abundamiento, las declaraciones testificales no fueran avaladas por ningún elemento de corroboración periférica. En efecto, como dijo la Funcionaria del CNP NUM010 no existió una grabación del rescate efectuado por el buque de la Guardia Civil DIRECCION000 del que pudiera desprenderse, como ha ocurrido en otras ocasiones, la disposición de determinados individuos en la embarcación que pudiera haber indicado su función en la nave. Lo que tampoco pudo ser apreciado por el Funcionario de la GC NUM009 , jefe de operación del citado buque.

Por último, el Miniserio fiscal descartó que los patrones de la embarcación pudieran haber fallecido durante la travesía. Basó au afirmación en la declaración de la Funcionaria del CNP NUM010 quien afirmó, durante el plenario, que los testigos reconocieron que habían fallecido algunos viajeros, pero no los identificaron como





patrones. Y el Funcionario de la GC NUM009 indicó que aun cuando los rescatados les dijeron que los dos patrones había fallecido en la travesía, no daba credibilidad a dichas afirmaciones.

Sin embargo, a criterio de esta Sala, se trata de una afirmación que no podría descartarse totalmente. Tanto los acusados como los testigos afirmaron que habían muerto un número indeterminado de personas durante la travesía. Así el testigo Donato dijo que cuando se averió un motor, se tiró una persona al agua y falleció, muriendo una segunda persona, aunque sin poder precisar en qué condiciones.

El testigo Celso dijo que el capitán del barco falleció al décimo día de la travesía, y que cuando esa persona murió, otras personas, entre los que se encontraban los acusados, asumieron diferentes funciones en el cayuco. Por su parte, Felix dijo que había visto a un fallecido, pero que oyó que había muerto otras 17 personas.

La certeza de que, efectivamente, fallecieron algunos viajeros impide descartar la posibilidad de que fallecieran, quienes patroneaban el barco, como afirmó el testigo Celso, asumiendo, a partir de entonces, dichas funciones otros viajeros que se habrían visto abocados, por razones de supervivencia, a llevar a cabo dichas labores.

Por consiguiente, a criterio de esta Sala, y aun cuando es evidente que concurre, en el caso de autos, el elemento objetivo del delito del artículo 318 bis del Código Penal, no ha quedado acreditada la autoría del mismo puesto que siendo evidente que la embarcación tuvo que ser dirigida o patroneada por una o varias personas que se hallaban en el interior, no ha quedado probado que dichas personas fueran los aquí acusados, sin poder descartar que las labores que, según algunos testigos, llevaron a cabo los acusados, fueran realizadas en atención a las circunstancias de la travesía sin olvidar que la embarcación perdió los dos motores, quedando a la deriva durante días, situación en la que fue encontrada, teniendo que ser rescatados los viajeros quienes ya en aquellos momentos se encontraban sin agua ni víveres.

La falta de consideración de los acusados como autores del delito principal del que venían siendo acusados, impide entrar en consideración en relación a su responsabilidad a propósito de las lesiones que, al parecer sufrió uno de los viajeros de la embarcación, Ceferino.

SEPTIMO.- Se declaran de oficio las costas procesales.

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

FALLAMOS. -

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Cosme, Demetrio, Joaquín, Marcial, Leoncio, Justiniano, Matías Y Miguel de todos los pedimentos dirigidos en su contra, declarando las costas de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los DIEZ DIAS siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la LECrim.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos

?

