



Roj: STS 4319/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4319
Id Cendoj: 28079120012014100679
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 11123/2013
Nº de Resolución: 673/2014
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil catorce.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por **Cayetano , Elias , Florian , Imanol y Leonardo** , contra Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga (con sede Melilla), que condenó a los recurrentes como autores responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, un delito de lesiones, un delito de atentado, un delito de daños y cinco faltas de lesiones, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Quero Rueda, Gala Escribano, Sánchez Jiménez, Aranda Vides y Egido Martín. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Tres de Melilla instruyó Procedimiento Abreviado con el número 100/13 (Rollo de Sala 52/13), contra Cayetano , Leonardo , Imanol , Florian y Elias , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Séptima) que, con fecha once de septiembre de 2013, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<< **PRIMERO.-** *Sobre las 10:00 horas del día 21 de abril de 2013, la central COS comunicó al Grupo de actividades subacuáticas de la Guardia Civil de Melilla que una embarcación tipo patera con inmigrantes subsaharianos a bordo se dirigía hacia la costa de Melilla proveniente de Marruecos.*

Desde la base del Grupo sita en el Puerto Deportivo Noray de esta ciudad partieron dos embarcaciones tipo Zodiac denominadas " DIRECCION000 " y " DIRECCION001 ", perfectamente identificadas con el signo distintivo de la Guardia Civil, tripuladas y ocupadas por dos Guardias Civiles cada una de ellas, con el propósito de prestarles auxilio debido al mal estado de la mar.

Aproximadamente a una milla y media náutica de la escollera del Puerto de Beni- Enzar, fue detectada la patera, la cual navegaba patroneada por Cayetano , mayor de edad, nacido el NUM000 /1990 en Mali, sin antecedentes penales, vestido con una sudadera con capucha y cubierto de la misma, el cual pretendía introducir de forma ilegal en territorio nacional a unas entre doce y quince personas, entre ellos a Leonardo , mayor de edad, nacido el NUM001 /1989 en Mali, sin antecedentes penales, Imanol , mayor de edad, nacido el NUM002 /1985 en Nigeria, sin antecedentes penales, Florian , mayor de edad, nacido el NUM003 /1987 en Nigeria, sin antecedentes penales, y Elias , mayor de edad, nacido el NUM004 /1990 en República Democrática del Congo, sin antecedentes penales, no pudiendo ser identificados el resto, careciendo todos ellos de documentación legal al respecto, no disponiendo de chalecos salvavidas, de ningún aparato de comunicación por satélite que permitiese una fácil localización de la embarcación en caso de presentarse algún problema, o balizas de señalización, o bengalas que sirviesen de aviso en caso de búsqueda por mar y/o aire, encontrándose la mar encrespada, y sin que ninguno de ellos supiera nadar.

Al aproximarse a la embarcación, los agentes actuantes requirieron a los citados inmigrantes ilegales para que detuvieran la marcha de la patera, gritándoles stop en diversas ocasiones, haciendo caso omiso a

las indicaciones de los agentes, por lo que procedieron a franquear la patera con el propósito de asegurarla mediante cabos.

Ante tal actuación, Cayetano , Leonardo , Imanol , Florian , y Elias , de común acuerdo comenzaron a golpear a los agentes con palos de madera que portaban, utilizando igualmente un cuchillo para cortar los cabos, poniendo en peligro tanto la integridad física de los agentes como la suya propia. Al mismo tiempo, embistieron en varias ocasiones a las dos embarcaciones de la Guardia Civil con el consiguiente riesgo de vuelco, cayendo varios agentes al suelo de las zodiacs, resultando lesionados.

Finalmente, la patera se dirigió hacia la orilla de la Playa de San Lorenzo de Melilla, -lugar donde desembarcaron, emprendiendo la huida a pie y a la carrera, siendo finalmente interceptados Cayetano , Leonardo , Imanol , Florian , y Elias , no resultando identificados el resto.

SEGUNDO.- A consecuencia de los hechos anteriores resultaron lesionados los siguientes agentes de la Guardia Civil:

El agente GC con TIP nº NUM005 sufrió lesiones consistentes en ligera inflamación a nivel de tercer, cuarto, y quinto dedo de la mano derecha, para cuya curación precisó de un primera y única asistencia facultativa, necesitando para su sanidad de 7 días, durante los cuales no estuvo impedido para el desarrollo de sus actividades habituales, curando sin secuelas.

El agente GC con TIP nº NUM006 sufrió lesiones consistentes en erosión a nivel de la articulación metacarpofalángica del quinto dedo de la mano izquierda con ligero dolor y contusión en cara anterior de pierna derecha y erosión en cara superior de la rodilla izquierda, para cuya curación precisó de una primera y única asistencia facultativa, necesitando para su sanidad de 7 días, durante los cuales no estuvo impedido para el desarrollo de sus actividades habituales, curando sin secuelas.

El agente GC con TIP nº NUM010 sufrió lesiones consistentes en pequeña erosión en el segundo dedo de la mano derecha y hematoma en cara anterior de la pierna derecha, para cuya curación precisó de un primera y única asistencia facultativa, necesitando para su sanidad de 7 días, durante los cuales no estuvo impedido para el desarrollo de sus actividades habituales, curando sin secuelas.

El agente GC con TIP nº NUM007 sufrió lesiones consistentes en lumbalgia postraumática, para cuya curación precisó de un primera y única asistencia facultativa, necesitando para su sanidad de 12 días, durante los cuales estuvo impedido para el desarrollo de sus actividades habituales, curando sin secuelas.

El agente GC con Tip nº NUM008 sufrió lesiones consistentes en contractura muscular cervical, dolor a nivel de muñeca izquierda y base del quinto metacarpiano, para cuya curación precisó de un primera y única asistencia facultativa, necesitando para su sanidad de 20 días, durante los cuales estuvo impedido para el desarrollo de sus actividades habituales 12 días, curando sin secuelas.

El agente GC con TIP nº NUM009 sufrió lesiones consistentes en fractura osteocondral de la base de la falange proximal del quinto dedo de la mano izquierda, heridas incisas en la mano izquierda y erosiones en el antebrazo y mano derecha, para cuya curación precisó además de un primera asistencia facultativa, tratamiento médico quirúrgico, necesitando para su sanidad de 40 días, durante los cuales 27 estuvo impedido para el desarrollo de sus actividades habituales, curando sin secuelas.

TERCERO.- Del mismo modo se ocasionaron desperfectos en una de las Zodiacs de la Guardia Civil, que han sido valorados pericialmente en la cantidad de 2.671 #.

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

<<FALLAMOS.- Que debemos condenar y condenamos a Cayetano , como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis 1 CP a la pena de 5 años de prisión, v accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena ; como autor penalmente responsable de un delito de lesiones del art. 147. ° CP a la pena de 6 meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena ; como autor penalmente responsable de un delito de atentado del art. 551.1 en relación con el art. 552 CP a la pena de 3 años y un día de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. ; como autor penalmente responsable de un delito de daños a la pena de 1 año de prisión, 12 meses de multa con cuota diaria de 6 #. con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 CP . e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena ; y como autor penalmente responsable de 5 faltas de lesiones del art. 617.1 CP a la pena de 40 días de multa con cuota de 6 # por

cada una de ellas, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 CP ; y costas del procedimiento.

En concepto de responsabilidad civil Cayetano indemnizará solidariamente con Leonardo , Imanol , Florian , y Elias al agente con TIP nº NUM007 en la cantidad de 768,76 # agente con TIP nº NUM008 en la cantidad de 1044,56 #, al agente con nº NUM009 la cantidad de 2.177,89 #, y a la Guardia Civil en la cantidad de 2671 #. Del mismo modo, indemnizará individualmente a los agentes con TIP nº NUM005 , y TIP nº NUM010 en la cantidad de 241,31 # a cada uno de ellos. Las cantidades anteriores devengarán el interés previsto en el art. 576 LEC desde la fecha del dictado de la presente resolución.

Que debemos condenar y condenamos a Leonardo , como autor penalmente responsable de un delito de lesiones del art. 147.º CP a la pena de 6 meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tipo de la condena ; como autor penalmente responsable de un delito de atentado del art. 551.1 en relación con el art. 552 CP a la pena de 3 años v un día de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena : como autor penalmente responsable de un delito de daños a la pena de 1 año de prisión. 12 meses de multa con cuota diaria de 6 #. con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 CP . e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena : y como autor penalmente responsable de 3 faltas de lesiones del art. 617.1 CP a la pena de 40 días de multa con cuota diaria de 6 # por cada una de ellas, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 CP ; y costas del procedimiento.

En concepto de responsabilidad civil Leonardo indemnizará solidariamente con Cayetano , Imanol , Florian , y Elias al agente con TIP nº NUM007 en la cantidad de 768,76 #, al agente con TIP nº NUM008 en la cantidad de 1044,56 #, al agente con nº NUM009 la cantidad de 2177,89 #, y a la Guardia Civil en la cantidad de 2.671 #. Las cantidades anteriores devengarán el interés previsto en el art. 576 LEC desde la fecha del dictado de la presente resolución.

Que debemos condenar y condenamos a Imanol , como autor penalmente responsable de un delito de lesiones del art. 147.º CP a la pena de 6 meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena: como autor penalmente responsable de un delito de atentado del art. 551.1 en relación con el art. 552 CP a la pena de 3 años y un día de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.; como autor penalmente responsable de un delito de daños a la pena de 1 año de prisión. 12 meses de multa con cuota diaria de 6 #. con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 CP . e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena: y como autor penalmente responsable de 3 faltas de lesiones del art. 617.1 CP a la pena de 40 días de multa con cuota diaria de 6 # por cada una de ellas, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 CP ; y costas del procedimiento.

En concepto de responsabilidad civil Imanol indemnizará solidariamente con Cayetano , Leonardo , Florian , y Elias al agente con TIP nº NUM007 en la cantidad de 768,76 #, al agente con nº NUM008 en la cantidad de 1044,56 #, al agente con nº NUM009 la cantidad de 2177,89 #, y a la Guardia Civil en la cantidad de 2671 #. Las cantidades anteriores devengarán el interés previsto en el art. 576 LEC desde la fecha del dictado de la presente resolución.

Que debemos condenar y condenamos a Florian , como autor penalmente responsable de un delito de lesiones del art. 147.º CP a la pena de 6 meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena: como autor penalmente responsable de un delito de atentado del art. 551.1 en relación con el art. 552 CP a la pena de 3 años y un día de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena: como autor penalmente responsable de un delito de daños a la pena de 1 año de prisión, 12 meses de multa con cuota diaria de 6 #. con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 CP . e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena ; y como autor penalmente responsable de 3 faltas de lesiones del art. 617.1 CP a la pena de 40 días de multa con cuota 4 diaria de 6 # por cada una de ellas, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 CP ; y costas del procedimiento.

En concepto de responsabilidad civil Florian indemnizará solidariamente con Cayetano , Leonardo , Imanol , y Elias al agente con TIP nº NUM007 en la cantidad de 768,76 #, al agente con TIP nº NUM008 en la cantidad de 1044,56 #, al agente con nº NUM009 la cantidad de 2177,89 #, y a la Guardia Civil en

la cantidad de 2671 #. Las cantidades anteriores devengarán el interés previsto en el art. 576 LEC desde la fecha del dictado de la presente resolución.

Que debemos condenar y condenamos a Elias , como autor penalmente responsable de un delito de lesiones del art. 147.º CP a la pena de *6 meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena* ; como autor penalmente responsable de un delito de atentado del art. 551.1 en relación con el art. 552 CP a la pena de *3 años y un día de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena* .: como autor penalmente responsable de un delito de daños a la pena de *1 año de prisión. 12 meses de multa con cuota diaria de 6 #. con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 CP . e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena* ; y como autor penalmente responsable de *3 faltas de lesiones del art. 617.1 CP a la pena de 40 días de multa con cuota diaria de 6 # por cada una de ellas, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 CP* ; y costas del procedimiento.

En concepto de responsabilidad civil Elias indemnizará solidariamente con Cayetano , Leonardo , Imanol , y Florian al agente con TIP nº NUM007 en la cantidad de 768,76 #, al agente con TIP nº NUM008 en la cantidad de 1044,56 #, al agente con nº NUM009 la cantidad de 2177,89 #, y a la Guardia Civil en la cantidad de 2671 #. Las cantidades anteriores devengarán el interés previsto en el art. 576 LEC desde la fecha del dictado de la presente resolución.

Se acuerda el comiso de la patera y de los demás efectos intervenidos en la presente resolución.

Abónese para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa, si no la hubiera sido ya en otra.

Dese cuenta a la Secc. 7a de la Audiencia Provincial de Barcelona y a los Juzgados de lo Penal de esta ciudad, para revocación de la suspensiones de condena de las que eran beneficiarios los condenados una vez sea firme la presente resolución.

Notifíquese a las partes la presente Resolución, previniéndoles que no es firme y que, Contra ella, puede interponerse Recurso de Casación, preparándolo ante esta Sala y para la Segunda del Tribunal Supremo, por medio de escrito firmado por Letrado y Procurador, dentro de los cinco días desde su notificación>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por los recurrentes, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados en nombre de Florian .

Motivo primero y único. Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Motivos alegados en nombre de Elias .

Motivo primero y único. Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24 de la Constitución Española .

Motivos alegados en nombre de Imanol .

Motivos primero .-Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida de los artículos 147 , 551.1 , 552 , 263.2.1 y 617.1 del Código Penal . **Motivo segundo** .- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Motivos alegados en nombre de Leonardo .

Motivo primero y único . Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Motivos alegados en nombre de Cayetano .

Motivo primero .- Al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. **Motivo segundo** .- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 318 bis 1 del Código Penal . **Motivo tercero** .- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por

la no aplicación del artículo 318 bis 5 del Código Penal . **Motivo cuarto** .- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por la indebida aplicación del artículo 263 del Código Penal y la no aplicación del artículo 8.3 del mismo Texto. **Motivo quinto** .- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por la indebida aplicación del artículo 552.1º del Código Penal .

4.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por los recurrentes, **apoyando el cuarto motivo de Cayetano e impugnando el resto de motivos de los recursos** ; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día nueve de octubre de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La **presunción de inocencia** es el núcleo de varios de los motivos que se distribuyen entre los cinco diferentes recursos. Presentan un innegable paralelismo en ese sentido el motivo único de los recursos de Leonardo y Florian y el segundo del recurso de Imanol . Los agrupamos a efectos de contestación.

En todos ellos, con unos u otros acentos, se aduce que la prueba ha sido insuficiente para atribuir individualizadamente a cada uno de los condenados las lesiones padecidas por los agentes intervinientes. No basta con endosar genéricamente al colectivo de ocupantes de la patera la agresión plural para hacerlos a todos responsables penalmente de los distintos resultados lesivos.

El planteamiento general es correcto, pero no su aplicación al caso concreto.

La Audiencia no ha condenado dando ese acrobático salto: **i)** algunas de las aproximadamente quince personas que viajaban en la patera agredieron a los guardias civiles; **ii)** varios agentes resultaron con lesiones; y **iii)** como no se sabe quiénes causaron cada una de las lesiones, se imputan todas a todos y cada uno de los pasajeros identificados.

Si fuese esa la secuencia argumentativa, la queja estaría justificada.

Pero la forma de razonar de la Audiencia discurre por sendas muy diferentes.

De entrada llega a la más que razonable convicción a la vista de la prueba practicada (testifical de los agentes y resultados lesivos) de que todos y cada uno, sin excepción, de los que viajaban en la patera, bien por haberlo antes convenido así, bien por surgir en el acto esa conjunción de voluntades sin previa planificación, unidos por el deseo compartido de eludir la acción de los agentes, les acometieron de forma conjunta. Nadie se mantuvo al margen de esa acción colectiva que abarcaba naturalmente la posibilidad de causar lesiones como consecuencia de la fuerza física empleada y la violencia desplegada. No hubo desviaciones relevantes en cuanto a los resultados de lo que puede preverse de ese tipo de ataque tumultuario y plural. La producción de resultados patentemente desviados (v.gr. una muerte, unas lesiones muy graves) llevaría a matizar atribuyendo ese resultado exclusivamente al autor material.

En las condiciones descritas por el Tribunal *a quo* lo procedente penalmente es considerar coautores de todos los resultados "naturales" a todos los que se han sumado a esa iniciativa conjunta agresiva, con independencia de cuál haya sido su contribución concreta o de quién materialmente haya producido directamente cada una de las lesiones. No es que se atribuya la responsabilidad colectivamente al no poder individualizarse. Es que, aunque estuviese perfectamente individualizada y definida la acción de cada uno (algunos prestando un apoyo meramente presencial e intimidatorio, dispuestos al auxilio de sus compañeros si fuese menester; otros golpeando concretamente; unos atacando a uno de los agentes; otros a otros...), de todos y cada uno de los resultados lesivos producidos serían coautores todos y cada uno de los voluntarios intervinientes en el ataque colectivo. No es correcto atomizar: no ya por problemas probatorios (no se sabe quién causó cada lesión y por tanto se condena en base a sospechas o probabilidades); sino por razones dogmáticas. Es un caso de **coautoría en que todos son responsables de todos los resultados que puedan considerarse previsibles y que no representen un exceso frente a ese acuerdo** -tácito o expreso; coetáneo o precedente; espontáneo e instantáneo o dirigido y preparado- de repeler física y violentamente la intervención de los agentes.

La STS de 21 de octubre de 2010 es correctamente invocada por la sentencia de instancia en apoyo de su decisión. También certeramente el informe del Fiscal se hace eco de las SSTS 915/2009, de 19 de octubre (principio de imputación recíproca) y 811/2008, de 2 de diciembre ("masa de acoso").

Hubo una actuación coordinada y conjunta que relataron varios de los agentes en el plenario. Ninguno de los acusados se mantuvo al margen de ella. Desde esa premisa es intrascendente saber quién o quiénes causaron cada una de las lesiones: todas eran asumidas por todos y todos contribuyeron a ellas.

La coautoría, así definida, se basa en prueba suficiente. Es irrelevante que no hayan sido identificados los autores materiales de cada una de las acciones lesivas. Si otros pasajeros de la patera no han sido condenados, no es por un "capricho", sino sencillamente porque no han podido ser identificados. El oficio posterior que habla de la identidad de otros posibles ocupantes lo hace en términos hipotéticos y no concluyentes (folio 186: "podrían").

Resta puntualizar que las declaraciones de los agentes son obviamente valorables y en consecuencia aptas y suficientes para desmontar la presunción constitucional de inocencia. La testifical de los guardias que intervinieron, de cuya veracidad no existe motivo para dudar, constituye el principal elemento probatorio sobre el que se asienta la condena. El Tribunal ha otorgado crédito a esos testimonios. No hay razón alguna para cuestionar lo que se deduce directamente de ellos: que los acusados actuaron de consuno. La presunción de inocencia no obliga a dar mayor credibilidad a la versión de los acusados. La declaración de los agentes policiales (art. 717 de la Ley Procesal Penal) ha resultado razonadamente convincente para el Tribunal *a quo* . Se constata así la existencia de prueba de inequívoco signo incriminatorio y valorada de manera razonada y razonable por el Tribunal.

El principio *in dubio* no tiene cabida alguna en este marco de control casacional pues, en su vertiente normativa, obliga no a "dudar", sino a absolver cuando persisten dudas, dudas que el Tribunal *a quo* no albergó.

SEGUNDO.- Si lo razonado vale para los delitos y faltas de lesiones, diferente ha de ser nuestro juicio en cuanto al delito de **daños** causados al embestir con la patera las embarcaciones de la guardia civil. En ese concreto punto no es del todo concluyente la actividad probatoria desarrollada. Si la reacción de todos al acometer a los agentes lleva a deducir la asunción por todos de la más que previsible eventualidad de resultados lesivos; es plausible sin embargo que alguno o algunos de los ocupantes de la patera, más allá de que la acción pudiera beneficiarles o redundar en la consecución del objetivo compartido, no asintiesen con esos actos de embestida determinantes de los daños y fuesen ajenos a ellos. Así como valorar la voluntad conjunta de acometer físicamente a los agentes se podría inferir con facilidad por los testigos presentes al comprobar en todos actos de acometimiento, es más difícil percibir en todos una asunción o voluntariedad específica en esa conducta que determinó los daños: solo de quien pilotaba la embarcación y de quienes de manera expresa (que no parece que fueran necesariamente todos y que no se han individualizado) le espoleasen en ese sentido, podría predicarse una responsabilidad penal por el delito de daños indicado. Se menciona varias veces que algunos de los inmigrantes alentaron al patrón para esa embestida, pero no se identifica a quienes lo hicieron y no parece ponderado ni verosímil pensar que fueron todos.

La desestimación de los motivos por presunción de inocencia no puede ser total. Ha de estimarse parcialmente, con el pertinente efecto extensivo (art. 903 LECrim), el recurso de Leonardo en lo atinente en exclusiva al delito de daños.

TERCERO.- El motivo único del recurso de Elias es improsperable.

Al socaire del derecho a la tutela judicial efectiva enumera lo que considera irregularidades de las actuaciones. Las que menciona están muy lejos de suponer una conculcación de ese derecho que enuncia el art. 24.1 CE .

Que el recurrente no estuviese mencionado expresamente en el atestado inicial no significa nada. No se discute su detención en aquel momento y después de aquel episodio que protagonizó con los coacusados. Tampoco es relevante que no se consignase el *nomen* de todos los delitos en las diligencias policiales o en el auto de incoación de diligencias previas. Lo relevante es si se pudo conocer el objeto del procedimiento, que estuvo desde el principio perfectamente definido objetiva y subjetivamente; y si existía prueba suficiente para sustentar la condena, lo que ya se ha razonado. No se alcanza a comprender qué se quiere indicar con los folios que se citan referidos a unas concretas actuaciones.

CUARTO.- Imanol encauza por el art. 849.1º LECrim el motivo primero de su recurso pero sin atender a la disciplina característica de tal causal: argumenta al margen de los hechos probados en un alegato que, en definitiva, viene a solaparse con el de presunción de inocencia ya rebatido. Sería estimable en los términos ya examinados si lo reconducimos a un motivo por presunción de inocencia únicamente respecto de los daños.

Decae igualmente este motivo (art. 884.3º LECrim), salvo en el particular relativo a la falta de prueba de su participación en los daños lo que supone una estimación parcial.

QUINTO.- Queda por examinar el más extenso recurso de Cayetano .

El motivo primero contiene tres alegatos diferenciados.

a) Por una parte viene a reproducir el núcleo de la argumentación del resto de los recurrentes en relación a la imputación de todos los resultados lesivos a todos y cada uno de los partícipes. Este recurrente ha sido reconocido como autor de las lesiones sufridas por dos de los agentes. Los demás lesionados no le han identificado como autor material de las padecidas por ellos.

La remisión al fundamento de derecho primero de esta sentencia representa contestación suficiente para desmontar este tipo de discurso.

b) Por otra parte se rechaza la incardinación de uno de los resultados lesivos en el delito de lesiones del art. 147.1º: no existiría prueba suficiente de que las lesiones sufridas por el Guardia Civil con TP NUM009 hubiesen precisado tratamiento médico más allá de la primera asistencia.

No es así: aparte de que es una máxima de experiencia común, como resalta convincentemente el Fiscal, que la fractura de la base de la falange de un dedo de la mano no sana con una mera asistencia facultativa, contó la Sala con un informe de sanidad (folio 195) en el que se afirma rotundamente eso. Las especulaciones que realiza el recurrente no pasan de ser eso: elucubraciones que contradicen un dictamen pericial que en ningún momento trató de combatir, ni siquiera por la vía de interrogar al lesionado sobre ese extremo en el acto del juicio oral.

c) Por fin, se cuestiona el elemento intencional del delito de daños: estaríamos ante un caso de impericia y no de daños buscados de propósito.

Los hechos probados revelan una actitud de indiferencia hacia esos daños que nos sitúan en el territorio del dolo eventual o del dolo de consecuencias necesarias donde con acierto ha encuadrado la Sala de instancia la conducta. Con esas maniobras era más que probable ocasionar daños y eso ni importaba al autor, ni le retraía de su acción.

El motivo no puede prosperar.

SEXTO.- Como tampoco puede hacerlo el segundo mediante el que se ataca la procedencia de aplicar el art. 318 bis 1 CP . No son atendibles los argumentos que se esgrimen en esa dirección:

a) Que el propio recurrente pretendiese también instalarse en España no diluye su responsabilidad como razona acertadamente la Sala de instancia. Se le condena no por su pretensión de introducirse ilegalmente en territorio nacional sino por ayudar a otros a ese objetivo ilegal. Ser también inmigrante no es una causa personal de exclusión de la pena prevista en el art. 318 bis, ni autoriza a realizar las conductas allí castigadas, ni blinda frente a una acusación por tal delito.

b) Del hecho de ser quien pilotaba la embarcación puede deducirse su papel protagonista. No es verosímil que fuese otro el patrón y que justo en esos momentos le hubiese encomendado de forma puramente transitoria la llevanza de la patera. La inferencia de la Sala sobre su rol muy distinto al de un simple pasajero es sólida y está bien fundada. No era "uno más" del grupo como quiere sostener ahora en abierta contradicción con el hecho probado que se apoya en una valoración racional de la prueba y entre ella la abundante y en algunos casos inequívoca testifical.

SÉPTIMO.- Se reclama en el siguiente motivo la atenuación facultativa que previene el art. 318 bis 5 CP . La Sala de instancia explica por qué considera que los hechos revisten una gravedad por encima de la "ordinaria": *"Procediendo a la individualización de la pena, corresponde imponer a Cayetano la pena de 5 años de prisión por el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 1, según la calificación fiscal), tomando en consideración el principio acusatorio, las circunstancias del hecho (en especial las circunstancias en las que viajaban los inmigrantes, ya que al asumir la tarea de guiar la patera y al margen de poner en peligro su propia vida, desde el mismo momento que asumió dicha tarea se convirtió en garante de la vida de los demás, estando obligado a proveer, dentro de la por sí peligrosa travesía, de todos los medios posibles para evitar el resultado lesivo) y sin perjuicio del propio deseo del mismo de acceder a territorio nacional a través de la acción ejecutada"*.

Se entrevistó tras esas menciones que si la Audiencia no ha aplicado un tipo agravado es para no rebasar la calificación del Ministerio Público. Es obvio que esas circunstancias en todo caso hacen justificable e inmune a la casación el rechazo de esa atenuación, meramente potestativa que no obligatoria.

OCTAVO.- Por el mismo cauce - art. 849.1º LECrim - el cuarto de los motivos ataca la calificación por separado de los **daños** causados. Estarían embebidos en el delito de **atentado** (art. 8.3 CP).

No es así: hay dos bienes jurídicos protegidos. El total desvalor de la acción solo se abarca con la doble tipificación penal. Están comprometidos por un lado el principio de autoridad; por otro, el patrimonio. El móvil de impedimento del ejercicio de la autoridad solo representa un subtipo agravado (263.2.1º) que también debe considerarse compatible con el delito de atentado. El atentado supone un menoscabo del principio de autoridad pero no exige un propósito específico en el autor como el de doblegar la voluntad de la autoridad o sus agentes. Sancionando conforme al art. 263 ese móvil especial con una agravación no se afecta al *non bis in idem*.

Ahora bien, una cosa es que no estemos ante un **concurso** de normas y otra diferente que no pueda hablarse de concurso ideal (art. 77) que es lo que reclama el Fiscal apoyando de esa forma parcialmente el recurso.

No nos enfrentamos propiamente ante un apoyo del recurso principal, sino ante una pretensión diferente introducida por adhesión por el Ministerio Fiscal y en beneficio del reo: está en plena sintonía con la posición de imparcialidad de esa institución, con la tutela de los derechos fundamentales que le viene legalmente encomendada y con el principio de legalidad que rige su actuación.

No va a ser acogida tal pretensión, sin embargo. Varias razones se confabulan para justificar ese rechazo:

a) No es determinante -como se deduce de lo argumentado- aunque tampoco es circunstancia totalmente desdeñable, que tal pretensión no haya sido ni formulada, ni respaldada por ninguno de los afectados (ahora reducidos a uno, tras la estimación parcial del recurso), que en ese punto no atacan la sentencia de instancia.

b) Así como sería más claro establecer esa relación de concurso ideal entre las lesiones y el atentado (una acción; varios delitos), con independencia de que penológicamente pudiera proceder la punición separada (art. 77.3 CP); no está en absoluto nítida en el hecho probado ni la unidad de acción, ni la relación de medio a fin entre los daños provocados al embestir con la embarcación, y el atentado concretado también en acometimientos físicos a los agentes no simultáneos (salvo que, con cierta modulación del *factum* conviniésemos que la embestida a la embarcación oficial se dirigía también a acometer a los agentes de esa forma indirecta lo que sí se describe mejor en los fundamentos de derecho). El delito de daños es de resultado.

c) Por fin, la cuestión carece en buena medida de trascendencia práctica desde el momento en que su relevancia penológica puede ser nula: penando conjuntamente (mitad superior de la pena del atentado) no necesariamente se obtiene un resultado más beneficioso (la pena puede alcanzar cuatro años y seis meses de prisión, superior a la suma de las impuestas: solo optando por los tramos más bajos se podría ver ligeramente reducida la penalidad).

El motivo fenece igualmente.

NOVENO- En el siguiente motivo (art. 849.1º LECrim) se protesta por la apreciación del subtipo agravado del art. 552.1 CP **-uso de armas u otros instrumentos peligrosos-**.

El manejo de palos y de una navaja (uso no ignorado y asumido por el recurrente que según testificó un agente le acometió con ese arma blanca) hace incuestionable la tipificación penal elegida por la Audiencia, ahora inútilmente impugnada.

DÉCIMO.- La desestimación de los recursos comporta la condena al pago de sus respectivas costas (art. 901 LECrim) a todos los recurrentes excepto las causadas por los recursos de Imanol y Leonardo que han sido **parcialmente estimado** s lo que determinará que se declaren de oficio sus costas.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR parcialmente** al recurso de casación interpuesto por Leonardo y Imanol contra Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga (con sede Melilla), que condenó a los recurrentes como autores responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, un delito de lesiones, un delito de atentado, un delito de daños y cinco faltas de lesiones por estimación parcial de los motivos primero y segundo respectivamente, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia con declaración de las costas de oficio.

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por **Cayetano , Elias , Florian** , contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas condenándoles al pago de las costas de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquin Gimenez Garcia Luciano Varela Castro Manuel Marchena Gomez Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil catorce.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción Tres de Melilla, fallada posteriormente por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga, y que fue seguida por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, un delito de lesiones, un delito de atentado, un delito de daños y cinco faltas de lesiones contra Cayetano , Leonardo , Imanol , Florian y Elias , teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** , integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes y los Hechos probados de la sentencia de instancia con el único correctivo de especificar que quien embistió contra las embarcaciones de la Guardia Civil fue Cayetano que pilotaba la patera, siendo animado a ello por otros de los ocupantes no determinados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - Por las razones expuestas en la sentencia anterior y según la matización efectuada en el hecho probado procede absolver del delito de daños a los acusados **Leonardo , Imanol , Florian y Elias** , declarando de oficio la correspondiente parte de las costas.

III. FALLO

Que debemos **ABSOLVER y ABSOLVEMOS** a Leonardo , Imanol , Florian y Elias del delito de daños de que venían siendo acusados, reduciéndose proporcionalmente la parte de costas de la que han de responder (cada uno de ellos, 1/10 del total de las costas declarándose de oficio 1/5 del total de las costas, y debiendo cargar con el resto -2/5-. Cayetano). De la indemnización fijada por los daños. Responderá igualmente en su integridad y exclusiva el acusado Cayetano .

Se mantienen el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia y en particular la totalidad de los relativos a Cayetano y los concernientes a los otros acusados en cuanto al atentado y delito y faltas de lesiones.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquin Gimenez Garcia Luciano Varela Castro Manuel Marchena Gomez Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.