



Roj: **STS 2301/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2301**

Id Cendoj: **28079120012022100557**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2022**

Nº de Recurso: **10013/2022**

Nº de Resolución: **565/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 565/2022

Fecha de sentencia: 08/06/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10013/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia de Murcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10013/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 565/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 8 de junio de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 10013/2022, interpuesto por **D. Plácido**, representado por la procuradora D^a. Marta Isla Gómez, bajo la dirección letrada de D. Manuel Maza de Ayala, contra la sentencia n.º 30/2021 de fecha 25 de noviembre de 2021 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 208/2021 de fecha 13 de julio de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Quinta, en el PA 49/2021, procedente del Juzgado de Instrucción num. 2 de Cartagena.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida **D. Sergio** representado por la procuradora D^a. Montserrat Gómez Hernández, bajo la dirección letrada de D. Enrique Martín González-Palacios.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Cartagena incoó Diligencias previas núm. 999/2020 por delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, contra Plácido y Sergio; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia, cuya Sección Quinta, (P.A. núm. 49/2021) dictó Sentencia en fecha 13 de julio de 2021 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"ÚNICO. Los acusados Sergio, de nacionalidad argelina, mayor de edad por cuanto que nacido el NUM000 /1989, con NIE NUM001, en situación de estancia irregular en España, sin antecedentes penales, en prisión provisional por esta causa desde el 17/12/2020, y Plácido, de nacionalidad argelina, mayor de edad en cuanto nacido el NUM002 /1975, con NIE NUM003, en situación de estancia irregular en España, sin antecedentes penales, en prisión provisional por esta causa desde el 17/12/2020, de común acuerdo y con la intención de obtener un enriquecimiento patrimonial ilícito promovieron de forma directa la inmigración clandestina de personas desde Argelia con destino a España, efectuando la entrada en territorio español de forma irregular.

En concreto, el acusado Sergio, se dedica en los últimos años a organizar de forma ilegal viajes para trasladar, en embarcaciones tipo patera, a compatriotas y ciudadanos de nacionalidad marroquí hasta las costas de España. Para conseguir captar a potenciales pateristas se vale de redes sociales como Facebook o WhatsApp, donde muestra videos de viajes realizados por su organización y los detalles del trayecto, cobrando cantidades en torno a los 3.200 euros, al cambio, a cada individuo que pretenda contratar sus servicios.

El 14 de diciembre de 2020, una embarcación de fibra de color blanca, con motor fuera borda de 40cv, de unos 5 metros de eslora por 2 de manga, que había partido unas 12 horas antes desde las costas de Argelia con 9 inmigrantes a bordo, fue interceptada frente a la costa de Cartagena, en las coordenadas 37º28.0 N 1º 0.0 W.

La embarcación partió de las costas de Argelia conducida por un individuo, que no pudo ser identificado, que había sido contratado por el acusado Sergio. Sin embargo, a los pocos minutos, volvió a la costa debido al mal estado del mar. Fue entonces cuando el propio Sergio, quien previamente a iniciar la travesía había cobrado a cada uno de los inmigrantes que viajó la cantidad aproximada de 650.000 dinares argelinos (unos 3.200 euros), se encargó de patronear la embarcación hasta España. El otro acusado, Plácido, se ocupaba de ayudar, manejando una brújula que utilizaban para orientarse y de achicar agua, encargándose ambos de repostar el combustible.

La embarcación no tenía capacidad para llevar a 9 personas, y no estaba habilitada para realizar trayectos de 120 millas náuticas (193 km), ni para soportar condiciones de viento y oleaje, menos con tantas personas a bordo. Tampoco contaba con los mínimos elementos de seguridad, no había chalecos salvavidas, ni bengalas, ni balizas de señalamiento o botiquín, ni dispusieron los ocupantes de la embarcación de comida y agua durante la travesía. Esto, junto con el sistema de repostaje mediante el uso de bidones con el motor en marcha, puso en serio peligro la vida e integridad de todos los que viajaron a bordo."

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

"Que debemos condenar y condenamos, en trámite de conformidad, a cada uno de los acusados, Sergio y Plácido, ya circunstanciados, como autores responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto en el artículo 318 bis, apartados 1, 3b) y 6 del Código Penal, a la pena de dos años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a cada uno de ellos. y al pago de las costas procesales.

No ha lugar a la suspensión de las penas de prisión impuesta a Sergio y Plácido.

Notifíquese esta resolución a las partes indicándoles que contra esta Sentencia cabe recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Murcia en el plazo de diez días desde su notificación."



TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Plácido ; dictándose sentencia núm. 30/2021 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Murcia en fecha 25 de noviembre de 2021, en el Rollo de Apelación 28/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"1º.- DESESTIMAR el recurso de apelación presentado por la representación procesal de don Plácido , con la adhesión al mismo formulada por la representación procesal de don Sergio , contra la sentencia dictada en fecha 13 de julio de 2021, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia en el procedimiento abreviado nº 49/2021.

2º.- CONFIRMAR íntegramente la indicada sentencia, y

3º.- Declarar de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese a todas las partes personadas en esta alzada.

Frente a esta resolución cabe recurso de casación previsto en los artículos 792.4 y 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo manifestar el que lo interponga la clase de recurso que trate de utilizar, petición que formulará mediante escrito autorizado por abogado y procurador dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la Sentencia, y que solicitará ante este Tribunal."

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representación procesal de Plácido que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

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

Motivo primero.- Por infracción de ley fundado en el num. 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del art. 80.1 del Código Penal al haberse resuelto en contra de lo permitido en dicha norma, sin fundamento alguno para ello y pese a la conformidad alcanzada al ser circunstancia favorable al hoy recurrente.

Motivo segundo.- Por infracción de ley, fundado en el art. 852 de la LECrim. y art. 24.1 de la Carta Magna Española por vulneración del citado art. 24.1 de la misma, dado el factum., y art. 80,1 del Código Penal al no ser aplicada la suspensión de la ejecución de la pena impuesta, sin motivación alguna y decretarse lo contrario que debe dejarse sin efecto al no indicarse fundamento jurídico alguno para ello.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la parte recurrida se adhiere al recurso presentado y el Ministerio Fiscal solicita la estimación parcial de los dos motivos. La sala admitió el recurso quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 7 de junio de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMER Y SEGUNDO MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LEY DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM Y POR VULNERACIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 852 LECRIM : INDEBIDA DENEGACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN DENEGATORIA

1. La pretensión revocatoria formulada por el Sr. Plácido reproduce, con los mismos argumentos, la que dedujo ante el Tribunal de apelación. El recurrente se limita a reiterar que la decisión del tribunal de instancia por la que se denegó en sentencia la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad no solo infringe la ley penal sustantiva que determina los presupuestos de concesión sino también el derecho a la tutela judicial efectiva pues carece de toda motivación. De ahí, que proceda reparar, en esta instancia casacional, la doble infracción mediante una sentencia que dé lugar a la suspensión pretendida.

2. Tanto el otro acusado en la instancia, Sr. Sergio , como el Ministerio Fiscal se adhieren al recurso, si bien este último introduce una pretensión heterogénea, interesando la nulidad de la sentencia recurrida y el reenvío al Tribunal Superior para que se pronuncie sobre el fondo de la pretensión apelativa.

Para el Fiscal, la decisión por la que el Tribunal Superior no entró a conocer de la pretensión suspensiva no está justificada, contradiciendo, además, el criterio a favor de la recurribilidad de este tipo de decisiones mantenida en la Circular 1/2018 de la Fiscalía General del Estado.

A su parecer, el artículo 846 LECrim, interpretado a la luz del principio *pro actione* y atendidos los altos intereses en juego -la libertad personal- permite admitir la apelación " *frente a autos dictados por la Audiencia Provincial*



sobre materias que podrían haber sido resueltas en la sentencia, siendo este el caso que resuelve sobre la suspensión de condena y del auto que acuerda en fase de ejecución la expulsión sustitutiva de la pena. Otra interpretación llevaría a la consecuencia absurda de que tales decisiones serían o no apelables en función del momento procesal en el que se adoptaran".

Además, añade el Fiscal, no solo existen pronunciamientos de distintos Tribunales Superiores que han conocido de pretensiones apelativas contra decisiones denegatorias de suspensión adoptadas en sentencia por las correspondientes Audiencias Provinciales -vid. STJ de Cantabria, 13/2021; SSTJ de Catalunya 85/2021, 148/2021- sino también pronunciamientos de este Tribunal Supremo con motivo de recursos de casación interpuestos contra sentencias de los Tribunales Superiores en las que se ha decidido sobre la suspensión de la pena -vid. AATS 177/2020, de 16 de enero, 824/2020, de 10 de diciembre; STS 635/2021, de 14 de julio-.

3. La pretensión adhesiva del Ministerio Público adquiere una decisiva prioridad decisional permitiendo, además, salvar el grave óbice que presenta el recurso principal que olvida que la sentencia contra la que se recurre no es la de la instancia sino la de apelación por lo que mediante la casación deben combatirse los gravámenes generados por esta.

Cuando el tribunal de apelación rechaza, como acontece en el caso que nos ocupa, entrar a conocer de la pretensión apelativa, aplicando una suerte de cláusula de irrecurribilidad, el recurso de casación debe utilizarse para intentar revertir el "efecto inadmisión" ordenado. No puede formularse, como si no existiera dicho pronunciamiento, pretendiendo que el Tribunal Supremo actúe como órgano de segunda instancia. Lo impide el sentido genuino de la casación dentro del sistema de recursos.

4. La pretensión adhesiva formulada por el Ministerio Fiscal nos obliga a valorar si la decisión de inadmisión del recurso formulado por el Sr. Plácido, adoptada en sentencia por el Tribunal Superior de Justicia, comprometió el derecho fundamental de acceso al recurso devolutivo en material penal.

La jurisprudencia constitucional ha insistido en que el derecho a una segunda instancia penal, como contenido específico del derecho a un proceso con todas las garantías, tiene un diferente alcance que el derecho al recurso en otros órdenes jurisdiccionales no sancionatorios, aproximándose más al derecho de acceso a la jurisdicción, lo que obliga a la utilización del principio *pro actione* a la hora de interpretar las normas que regulan la admisibilidad - STC 63/2022-.

Por ello deben quedar constitucionalmente proscritas "aquellas decisiones judiciales impeditivas de una efectiva revisión de una declaración de culpabilidad que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que se intentan preservar y los intereses que se sacrifican o que supongan interpretaciones o aplicaciones de las reglas disciplinadoras de los requisitos y formas de las secuencias procesales en sentidos que, aunque puedan aparecer acomodados al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y a la finalidad de esta" -vid. STC 3/2021-.

Sentado lo anterior, coincidimos con el Fiscal en que la decisión del Tribunal Superior por la que rechazó, por irrecurrible, la pretensión de que se revisara la denegación de la suspensión de pena solicitada en la instancia, carece de justificación suficiente. La inadmisión responde a una interpretación reductora del espectro apelativo que difícilmente encuentra encaje en el propio texto de la norma procesal invocada, arrojando, además, un resultado de lesión iusfundamental manifiestamente desproporcionado.

No puede obviarse la naturaleza del gravamen que sustentaba el recurso de apelación: la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena, lo que comportaba la privación de libertad de la persona condenada en la instancia. Efecto que compelmía a apurar, aún más si cabe, el estándar de interpretación favorable a la admisión del recurso de apelación contra dichas decisiones, como garantía institucional específica del derecho fundamental del artículo 17 CE a la libertad personal.

5. Es cierto, no obstante, como afirma el Tribunal Superior, que el régimen de apelación contra las decisiones adoptadas por la Audiencias Provinciales no es particularmente claro. También tiene razón cuando afirma que no todo contenido dispositivo de la sentencia es propio de esta por lo que respecto a estos contenidos extravagantes no debe comunicarse la recurribilidad propia de los contenidos genuinos.

Sin embargo, discrepamos de las consecuencias que, en el caso, extrae el Tribunal Superior de ambas premisas: primera, que la decisión sobre la suspensión de la pena es un contenido impropio de la sentencia. Y, segunda, que, por ello, debe someterse al régimen general de la irrecurribilidad de este tipo de decisiones adoptadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, pues resultaría asistemático que se reconociera un recurso devolutivo atendiendo solo al formato o al momento procesal en el que se adopta la decisión.



6. Con relación a la primera, nos resulta difícil aceptar que es un contenido no genuino de la sentencia cuando la ley de forma expresa establece, en el artículo 82 CP, *que el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena, siempre que ello resulte posible.*

La regla tiene un claro alcance prescriptivo y general, respondiendo, además, a una razonable finalidad como es la de asegurar la celeridad en el proceso de ejecución en marcada sincronía con las circunstancias socio-personales y de culpabilidad de la persona que acaba de ser juzgada.

El hecho de que la decisión sobre suspensión de la pena no encaje en los contenidos de la sentencia enunciados en el artículo 142 LECrim no la convierte en contenido extravagante a la misma. Como tampoco pueden calificarse así los pronunciamientos en sentencia sobre expulsión sustitutiva de la pena - artículo 89 CP-; sobre límites temporales para el acceso a beneficios penitenciarios, tercer grado o libertad condicional - artículo 78 CP-; sobre modalización del contenido y alcance de las prohibiciones de aproximación cuando la persona condenada sufre discapacidad mental o intelectual - artículo 48 CP-; sobre abono de prisión provisional o compensación de medidas cautelares no privativas de libertad - artículos 58 y 59, ambos, CP-; etc.

El estándar *pro actione* a la hora de interpretar las reglas de admisibilidad de los recursos en materia penal impide reducir, en contra del tenor literal de la norma, los contenidos de la sentencia susceptibles de generar gravámenes sobre los que fundar el recurso de apelación.

7. Lo que conecta con la segunda consecuencia a la que llega el Tribunal Superior y de la que también discrepamos: la general irrecurribilidad de las decisiones sobre suspensión de pena adoptadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales.

En efecto, la interpretación del marco procesal de la que parte el Tribunal Superior para afirmar la irrecurribilidad de este tipo de decisiones, no se ajusta al mandato constitucional y convencional de optimización de las garantías del derecho a la libertad ambulatoria entre las que se encuentra la de recurrir ante una instancia superior una decisión que la prive o limite.

En este sentido, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha excluido del control exigido por el artículo 5 § 4 CEDH a la propia sentencia que impone una pena de prisión de duración determinada -vid. SSTEDH, caso Iribarne Pérez c. Francia, de 24 de octubre de 1995; caso König c. Eslovaquia, de 20 de enero de 2004-, sin embargo lo ha exigido en supuestos en los que se producen incidentes durante la ejecución que puedan afectar a la propia duración o modalización de la privación de libertad -vid. SSTEDH, caso Thynne, Wilson and Gunnell c. Reino Unido, de 25 de octubre de 1990; caso V c. Reino Unido, de 16 de diciembre de 1999; caso Allen c. Reino Unido, de 30 de marzo de 2010; caso Ruiz Rivera c. Suiza, de 18 de febrero de 2014-. Derecho al recurso que desde el canon convencional debe interpretarse como derecho de acceso a un tribunal superior.

8. La apuntada necesidad de garantizar el derecho a la libertad ambulatoria mediante un recurso devolutivo frente a todas las decisiones limitativas adoptadas en primera instancia en el curso del proceso obliga a una interpretación favorable y adaptada del marco regulativo del recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Lo que también coliga con exigencias elementales de sistematicidad del modelo de control pues carecería de todo sentido que las decisiones sobre suspensión de penas [de concesión, denegación o revocación] adoptadas por los Juzgados de lo Penal puedan ser recurridas en apelación y que esas mismas decisiones con un alto impacto sobre la libertad personal adoptadas en primera instancia por la Audiencia Provincial sean irrecurribles.

9. Procede, por tanto, en los términos pretendidos por el Ministerio Fiscal, declarar la nulidad de la sentencia recurrida, ordenando la retroacción de actuaciones para que por el Tribunal Superior se entre a conocer del fondo de la pretensión apelativa formulada contra la sentencia de la Audiencia Provincial que denegó la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta.

CLÁUSULA DE COSTAS

10. Tal como previene el artículo 901 LECrim, procede declarar las costas de oficio.

FALLO

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

Sin entrar a conocer del recurso principal interpuesto por la representación del Sr. Plácido , y estimando el recurso adhesivo formulado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 25 de noviembre de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, declaramos la nulidad de la referida sentencia, ordenando la retroacción de actuaciones para que por el Tribunal Superior se entre a conocer del fondo de la



pretensión apelativa formulada contra la sentencia de la Audiencia Provincial que denegó la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta.

Declaramos de oficio las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ