

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 134/2016

RECURSO CASACION (P) N°:10229/2015 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Sección Tercera.

Fecha Sentencia: 24/02/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: MAJN

DELITO DE PIRATERÍA MARÍTIMA: el delito de piratería previsto en el art. 616 ter del CP admite distintas formas comisivas, al responder su estructura a la que es propia de los tipos alternativos. La primera de ellas exigiría la destrucción, el daño o el apoderamiento de un buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar. Para la segunda, bastaría el atentado contra las personas, cargamento o bienes que se hallen a bordo de aquellas embarcaciones. En este caso, ya fuera el atentado contra las personas o bienes simplemente instrumental para la ejecución del acto de destrucción o apoderamiento, ya fuera el fin único perseguido por los piratas, el delito quedaría consumado. En definitiva, ni el art. 616 ter del CP, ni el art. 101 de la Convención Montego Bay, condicionan la consumación del delito de piratería a que el acto depredatorio llegue a realizarse, despojando a su titular del buque, o que éste quede inservible para la navegación a la que habitualmente se dedica.

La Sala no puede identificarse tampoco con la propuesta interpretativa que sugiere el motivo, referida a la interpretación de la locución “atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo”. Sea cual fuere la coincidencia o disimilitud que quiera atribuirse al vocablo “atentar” con el delito de atentado a que se refieren los arts. 550, 551 y 552 del CP, está fuera de dudas que disparar con fusiles de asalto AK 47 a la banda de estribor de un atunero, obligando a repeler esos disparos por la seguridad del barco, integra el tipo alternativo de simple actividad a que se refiere aquel precepto.

ORGANIZACIÓN CRIMINAL: a partir del entendimiento jurisprudencial del delito de pertenencia a organización criminal, es difícil detectar el error de subsunción que el motivo adjudica a la sentencia de instancia. Se trata de un colectivo armado que hace de la piratería su medio de vida, que localiza su actividad criminal en un espacio geográfico muy determinado –frente a las costas de Somalia- que selecciona sus objetivos conforme a una metodología que se repite en uno y otro caso, que emplea armas de alto poder destructivo, telecomunicaciones de última generación, medios de escalo para el abordaje, motores fuera borda y, en fin, un grupo en el que están perfectamente distribuidos los espacios funcionales de cada integrante.

PERICIAL DE INTELIGENCIA: se apoyan los Jueces de instancia en lo que califican como "pericial de inteligencia", refiriéndose así al dictamen emitido por los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, que extendieron sus explicaciones al modus operandi de este tipo de organizaciones y que tomaron como base los documentos, fotografías y huellas proporcionados por la Fiscalía holandesa. Abundan los precedentes de esta Sala relacionados con el valor probatorio de esa clase de informes. No existe en nuestro derecho la figura del "consejero técnico", propia de otros sistemas procesales de nuestro entorno. No resulta fácil, desde luego, calificar como

prueba pericial, sin otros matices, las explicaciones ofrecidas por los agentes de policía acerca de la forma de actuar de determinadas organizaciones o bandas criminales. Lo cierto es, sin embargo, que la reforma de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Civil ensanchó el espacio funcional reservado al perito. Ya no se trata de suplir las carencias del Juez o Fiscal mediante un dictamen relacionado con los “conocimientos científicos o artísticos” (art. 456 LECrim). Lo que el art. 335.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil define como el objeto y finalidad del dictamen pericial –con incuestionable valor supletorio- se extiende, no sólo a los “conocimientos científicos o artísticos”, sino a los “conocimientos técnicos o prácticos”. Es evidente, por tanto, que la colaboración de un profesional en la descripción de la metodología y de los modos de organización y funcionamiento de una estructura y unos recursos humanos puestos al servicio del delito, puede ser de una gran utilidad para el órgano decisorio. La práctica que inspira la actuación de una organización criminal puede ser descrita con una referencia simplemente empírica, nutrida por la experiencia de quien se ha infiltrado en una de esas estructuras o ha hecho de su investigación el objeto cotidiano y preferente de su actividad profesional como agente de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Pero puede ser también objeto de una explicación basada en el manejo de categorías y conceptos propios de la sociología o criminología. La sofisticación de los medios empleados para la intercomunicación de los integrantes de esas bandas u organizaciones, las habituales técnicas de encriptación y, en fin, la constante tendencia a la clandestinidad, son razones suficientes para admitir una prueba pericial cuyo objeto sea ofrecer al Juez, al Fiscal y al resto de las partes, una explicación detallada de la "práctica" que anima la actividad delictiva de esas y de otras organizaciones delictivas.

Nº: 10229/2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Vista: 17/02/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 134/2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. José Ramón Soriano Soriano
D^a. Ana María Ferrer García
D. Juan Saavedra Ruiz
D. Joaquín Giménez García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional interpuesto por la representación procesal de **ADAWE YUSUF ALI, ABDI ALI SALAD; ABDILAH ISE JAMA; YAHYE OMAR ALI HASAN; ALI MAHAMED ALI** y **ALI MAHAMED HIRSE**, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Tercera) de fecha 2 de febrero de 2015 en causa seguida contra Adawe Yusuf Ali, Abdi Ali Salad; Abdilahi Ise Jama; Yahye Omar Ali Hasan; Ali Mahamed Ali; y Ali Mahamed Hirsi, por el delito de piratería, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, los recurrentes representados por las procuradoras doña Lourdes Bravo Toledo, doña María del Mar Serrano Moreno y por el procurador don José Antonio Beneit Martínez. Siendo magistrado ponente el Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez**.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central de instrucción nº 3, instruyó sumario núm. 3/2013, contra Adawe Yusuf Ali, Abdi Ali Salad; Abdilahi Ise Jama; Yahye Omar Ali Hasan; Ali Mahamed Ali; y Ali Mahamed Hirsi y, una vez concluso, lo remitió a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Tercera) rollo de Sala núm. 4/2013 que, con fecha 2 de febrero de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Probado y así se declara, que los acusados Adawe Yusuf Ali, Abdi Ali Salad, Abdilahi Ise Jama, Yahye Omar Ali Hasan, Ali Mahamed Ali, y Ali Mahamed Hirsi, mayores de edad, sin antecedentes penales, ciudadanos somalíes, integraban durante el año 2012 una cédula de asalto o grupo de acción pirata organizado con material y elementos destinados

al abordaje y secuestro de barcos comerciales que navegaban por el Océano Índico, frente a las Costas de Somalia, formando parte de una organización asentada en Harare, dedicada a la obtención de beneficios económicos ilícitos consecuencia del asalto, abordaje, y secuestro de embarcaciones en esa zona geográfica conocida como el "cuerno" de África.

El grupo estaba dotado de equipamiento que le aportaba la capacidad necesaria para el logro de sus fines, tecnología (armas de alto poder destructivo y capacidad de alcance, gasolina, telecomunicaciones) y operativa (empleo de un esquife, medios de escalo para el abordaje, uso de motores fuera borda) y gozaba de una organización interna (jerarquía y reparto de papeles) y profesional (uso de armas de fuego, ataque por la zona ciega del pesquero, elusión de la intervención de las armas que repelían la agresión, munición, armas y escalas arrojadas al mar, testimonio concertado en caso de ser detenidos, cohesión interna, actuación por cuenta de tercero, aportación de identidades ficticias, conocimiento de procedimientos paramilitares).

Así, sobre las 12,10 horas GMT del día 10 de octubre de 2012, los procesados Adawe Yusuf Ali (piloto del esquife), Abdi Ali Salad, Abdilahi Ise Jama, Yahye Omar Ali Hasan, Ali Mahamed Ali, y Ali Mahamed Hirsi, en compañía de un menor de edad al que no afecta la presente resolución, en ejecución de un plan preconcebido, como integrantes de un grupo de acción pirata organizado, ya descrito, atacaron desde una embarcación tipo esquife de color blanco, al buque atunero congelador de bandera española "Izurdia" dedicado a la pesca del bonito, y perteneciente a la sociedad naviera "Atuneros Congeladores y Transportes Frigoríficos S.A." (ATUNSA) con sede social en Bermeo (Vizcaya), y número IMO: 92927785, que se encontraba ese día y hora en las coordenadas I:00°31N-L: 050°37E, faenando en las aguas del Océano Índico, dirigiéndose directamente hacia dicho barco pesquero a alta velocidad, entre 18 y 20 nudos, abriendo fuego contra ellos por la parte de estribor del pesquero en

dirección a la puesta de sol, empleando fusiles de asalto AK.47, estando en posesión además de un lanzagranadas tipo RPG,S que no consta fuese utilizado; ataque que fue repelido por el personal de seguridad privada a bordo del pesquero, adoptando las medidas preventivas según el protocolo de seguridad, levantando una valla alrededor del barco, y refugiándose la tripulación en lugar seguro, y dando el capitán la señal de alarma a través de la radio VHF, continuando el esquife aproximadamente a 0,7 - 0,9 millas del pesquero que estaba haciendo fuego de contención, sin que el esquife detuviese su marcha, por lo que los disparos fueron entonces dirigidos al agua a las proximidades de la proa del esquife, sin que éste recibiese impacto alguno, siendo así que estas ráfagas de fuego lograron que aquél cesase en su persecución, ante el peligro que para su integridad física conllevaban aquellas, poniendo rumbo hacia el oeste a uno 20 nudos de velocidad, finalizando el asalto sobre las 12,40 horas, en la posición I:00°22'N-L:050°42'E.

Al día siguiente, 11 de octubre de 2012, a unas 200 millas náuticas de la costa de Somalia, fue localizado el esquife de los piratas con los procesados a bordo, por el barco de guerra de la Real Marina de los Países Bajos "HNLMS Rotterdam" que actuaba bajo el mandato de la Fuerza Naval de la Unión Europea, en el marco de la Operación Atalanta (EU NAVFOR -ATALANTA) para la detención, prevención y represión de actos de piratería en las costas de Somalia. Una vez detectada la embarcación, un helicóptero del barco de guerra fue lanzado al aire (Wildcat 1) así como un vehículo no tripulado. El helicóptero se colocó encima del esquife para controlar el objetivo, mientras otro helicóptero (Wildcat 2) salió para relevar al anterior. Para lograr detener al esquife, el Wildcat 1 emitió señales de detención y señales luminosas, haciendo caso omiso los tripulantes del esquife, que seguían navegando en dirección oeste a una velocidad aproximada de 20 nudos. Se realizaron dos disparos por parte de un tirador delante de la proa del esquife, sin que tuviera efectos sobre este. El Wildcat 2 comunicó que los sospechosos

piratas estaban arrojando el equipo y las armas por la borda. Como el esquife no detenía su marcha, el buque de guerra solicitó autorización para realizar fuego preventivo o no preventivo con la finalidad de que se detuviese. Así, sobre las 04:56 horas GMT dispararon tres ráfagas de fuego preventivo por tiradores a bordo del Wildcat 2, dirigidos al agua, alrededor del esquife. Tras unos segundos disparos que impactaron a dos o tres metros detrás del esquife, los sospechosos pusieron sus manos en alto, pero el esquife continuaba a gran velocidad, hasta tras una tercera ráfaga de disparos lograron que se detuviera totalmente. A las 05:29 horas el equipo especial de intervención (EBE) del barco de guerra holandés llevó a cabo un abordaje, sin oposición ni resistencia alguna. No se encontraron armas de ningún tipo. Una vez a bordo del buque "HNLMS Rotterdam", siguiendo instrucciones de la Fiscalía holandesa, les fueron leídos sus derechos como detenidos, por ser sospechosos de un delito de piratería y robo en alta mar, y se practicó un examen médico a cada uno de los detenidos.

En la embarcación tipo esquife, además de la detención de los ahora acusados, fueron ocupadas 21 garrafas de 60 litros cada una de combustible; 13 bidones de agua de 20 litros cada uno; 148 baterías de 1,5 voltios; aceite para los motores; comida en forma de 223 paquetes de 500 kilocalorías cada uno; más de 30 metros de cuerda; siete mantas; dos motores fuera borda marca "Yamaha"; y herramientas diversas, entre las que se incluían dos cuchillos. No fueron ocupadas armas algunas, sin embargo, tal y como consta en el reportaje fotográfico llevado a cabo por el barco de guerra holandés "HNLMS Rotterdam", en las fotografías numeradas como DSC.002, y DSC.003 se observa como arrojan al mar las armas y una escala. Dicho reportaje se acompaña como Anexo 5 del Informe pericial de 8 de mayo de 2013, formando parte del CD-ROM de 11 de octubre de 2013 (debería decir 2012) denominado "Pictures Izurdia".

Al acusado Abdi Ali Salad, en el momento de su detención, entre otros efectos, le fueron intervenidos un teléfono móvil marca Samsung GT-C6112, con las siguientes tarjetas: UFED SIM Card 2G 3G SIM 2012 11 06 (001) con IMSI 637500005702252, que contenía mensajes comprendidos entre las fechas 16 de agosto de 2012 y 27 de septiembre de 2012; y UFED SIM Card 2G 3G SIM 2012 11 06 (002) con IMSI 637500006026033 que contenía mensajes de texto comprendidos entre las fechas 26 de julio de 2012 y 7 de agosto de 2012.

Al acusado Abdilahi Ise Jama, se le intervino un teléfono móvil marca Samsung GT-C5212i, con las siguientes tarjetas: UFED Samsung GSM GT-C5212Fizz 359892040879770 2012 1106 (001) con IMSI 637500004925187, que contenía mensajes de texto comprendidos entre las fechas 23 de julio de 2012 y 6 de octubre de 2012; UFED SIM Card 2G 3G SIM 2012 11 06 (001) con IMSI 637500004925187, que contenía mensajes de texto comprendidos entre las fechas 19 de agosto de 2012 y 26 de septiembre de 2012; y UFED SIM Card 2G 3G SIM 2012 11 06 (002) con IMEI 637601001066753, que contenía mensajes de texto comprendidos entre las fechas 24 de julio de 2012 y 29 de septiembre de 2012. Del estudio de los datos obrantes en las tarjetas SIM incautadas a los ahora acusados al margen de recoger diversas transferencias de dinero, aparecen conversaciones conteniendo los preparativos de su salida al mar; y contrastada la información obtenida, con la que consta en las bases de Interpol y Europol ponen de manifiesto la existencia de conexiones con otras actuaciones similares de piratería en el Océano Índico, en especial el contenido de la información almacenada en las tarjetas telefónicas SIM intervenidas por las fuerzas militares desplegadas en esa aérea y los datos que constan en las tarjetas SIM incautadas por la marina holandesa. Así la tarjeta SIM nº637500004925187 perteneciente al detenido Abdilahi Ise Jama, se encontraba asimismo vinculada al secuestro del barco "Hansa Stavanger", habiendo sido llamado el teléfono somalí 25250967483 cuatro veces los días 2, 3, y 4 de julio de 2009, con el

teléfono vía satélite del barco secuestrado (folio 508). La tarjeta SIM n° 637500004925187 perteneciente al detenido Abdilahi Ise Jama, se encontraba asimismo vinculada al secuestro del barco holandés "Dhow Feddah", ya que almacenado en la tarjeta SIM intervenida n° 8925211200042816471 se encontró el número de teléfono somalí n° 252615730513 (folio 508). Otras coincidencias telefónicas similares aparecen a los folios 509 a 516 de las actuaciones.

Igualmente, de la información recibida por interpol se hacen constar la existencia de coincidencias de tres huellas dactilares, entre piratas involucrados en el ataque al pesquero "Izurdia" y piratas involucrados en los casos del secuestro de las embarcaciones F/V SAJJAD y el pesquero iraní F/V SUIDIS, que fueron interceptados por el buque de guerra de la Marina danesa (HDMS Absalon), en concreto referidas a los acusados Ali Salad Abdi, Ali Mahamed Hirsi, y Ali Mahamed Ali.

Los ahora acusados, según investigaciones policiales, pertenecen a una organización dedicada a la piratería, formada principalmente por individuos de origen somalí y radicada en la zona de Hobyo-Harardhere, que se integraría a su vez, en una red más amplia, habiendo sido localizadas diversas conexiones telefónicas entre uno de sus líderes y los ahora acusados, en concreto, en el teléfono cuyo usuario es Abdi Ali Salad, y al que se realizaron dos transferencias de dinero por importe de 1.000 dólares el día 5 de agosto de 2012, y otros 1.000 dólares el día 7 de agosto de 2012. Y otras conexiones al teléfono cuyo usuario es Abdilahi Ise Jama. Las coincidencias se producen en tres de las tarjetas SIM intervenidas por la Marina holandesa, en los dos terminales de telefonía móvil ocupados a los citados acusados.

Los detenidos fueron puestos a disposición del buque de la Armada española "B.A.A.Castilla" integrado asimismo, en la Operación Atalanta de la Unión Europea, el día 24 de octubre de 2012. De allí fueron trasladados por miembros de la Policía Naval española AGRUMAD al Aeropuerto de Djibouti desde donde partieron en un avión militar español

a la Base Aérea de Torrejón de Ardoz (Madrid) a la que llegaron el día 31 de octubre de 2012, a las 20,00 horas, siendo puestos a disposición de la Policía Nacional, y de ahí trasladados a la Audiencia Nacional, donde se les recibió declaración el pasado día 2 de noviembre de 2012. Habiendo sido decretada su situación de prisión provisional mediante Auto de 12 de octubre de 2012 (folio 141), ratificado el día 2 de noviembre de 2012.

No ha quedado acreditado que ninguno de los miembros de la tripulación del buque atunero español "Izurdia", ni la propia embarcación, hubieren sufrido daño alguno".

Segundo.- La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Tercera) dictó sentencia núm. 1/2015 con el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: Debemos condenar y condenamos a:

- ADAWE YUSUF ALI, como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de piratería del artículo 616 ter del Código Penal, a la pena de once años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

Asimismo, como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de piratería del artículo 616 quáter 1 del Código Penal, a la pena de un año y seis meses de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

Y por último, como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de cuatro años, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

- ABDI ALI SALAD, como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de piratería del artículo 616 ter del Código Penal, a la pena de once años de prisión, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

Asimismo, como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de piratería del artículo 616 quáter 1 del Código Penal, a la pena de un año y seis meses de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

Y por último, como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de cuatro años, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

- ABDILAH ISE JAMA, como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de piratería del artículo 616 ter del Código Penal, a la pena de once años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

Asimismo, como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de piratería del artículo 616 quáter 1 del Código Penal, a la pena de un año y seis meses de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

Y por último, como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de cuatro años, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

- YAHYE OMAR ALI HASAN, como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de piratería del artículo 616 ter del Código Penal, a la pena de once años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

Asimismo, como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de piratería del artículo 616 quáter 1 del Código Penal, a la pena de un año y seis meses de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

Y por último, como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de cuatro años, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

-ALI MAHAMED ALI, como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de piratería del artículo 616 ter del Código Penal, a la pena de once años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

Asimismo, como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de piratería del artículo 616 quáter 1 del Código Penal, a la pena de un año y seis meses de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

Y por último, como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de cuatro años, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

- ALI MAHAMED HIRSI, como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de piratería del artículo 616 ter del Código Penal, a la pena de once años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

Asimismo, como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de piratería del artículo 616 quáter 1 del Código Penal, a la pena de un año y seis meses de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

Y por último, como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de cuatro años, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas en su parte proporcional.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, se les computará el tiempo de prisión provisional.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma no es firme, y cabe interponer contra aquella recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante esta Sala en plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación".

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

Cuarto.- La representación legal de los recurrentes **ADAWÉ YUSUF ALI, ABDI ALI SALAD** y **ABDILAHÍ ISE JAMA**, basa su recurso en los siguientes **motivos de casación**:

I.- Al amparo del art 851.3 de la LECrim. **II.-** Al amparo del art. 849.1 de la LECrim por infracción del art. 62 del CP en relación con el art. 616. ter del mismo texto legal e indebida inaplicación del art. 28 en relación con el art. 570 bis 1, 2 b) y 3 CP. **III.-** Por error de hecho en la apreciación de la prueba y fundado en el art. 849.2 de la LECrim. **IV.-** Al amparo de los arts. 5.4, 238.3 y 240.1 de la LOPJ por vulneración del art. 24 de la CE en el particular del derecho a la presunción de inocencia y, subsidiariamente vulneración del principio "*in dubio pro reo*". **V.-** Vulneración del art. 24 de la CE en el particular del derecho a un proceso con todas las garantías.

Quinto.- La representación legal de los recurrentes **YAHYE OMAR ALI HASAN, ALI MAHAMED ALY y ALI MAHAMED HIRSE**, basa su recurso en un **único motivo** de **casación**:

Único.- Se funda en los párrafos 1º y 2º del art. 849 de la LECrim "ya que los hechos probados se ha infringido el carácter sustantivo de la apreciación de la prueba"(sic).

Sexto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 10 de noviembre de 2015, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

Séptimo.- Por providencia de fecha 26 de enero de 2016 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

Octavo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la **vista** del art. 893 bis a) de la LECrim y posterior deliberación el día 17 de febrero de 2016 a las 10:30 horas. Al acto compareció el Ministerio Fiscal que se ratificó en su informe, el Letrado de la parte recurrente que informó sobre el recurso y el Letrado de la parte recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 1/2015, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional con fecha 2 de febrero de 2015, condenó a los acusados Adawe Yusuf Ali, Abdi Ali Sald, Abdilahi Ise Jama, Yahye Omar Ali Hassan, Ali Mahamed Ali y Ali Mahamed Hirsi, como autores de los siguientes delitos: a) un delito de piratería previsto en el art. 616 ter del CP, a la pena de 11 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el

tiempo de la condena; b) un delito de piratería del art. 616 quater 1º del CP, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; c) un delito de pertenencia a grupo criminal a la pena de 4 años de prisión, con la misma accesoria durante el tiempo de la condena.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por todos los acusados. La coincidencia argumental de algunos de los motivos que han sido formalizados, autoriza un tratamiento conjunto.

RECURSO DE ADAWE YUSUF, ABDI ALI SALD y ABDILAH ISE JAMA

2.- El primero de los motivos, con cita del art. 851.3 de la LECrim, denuncia quebrantamiento de forma, incongruencia omisiva.

La defensa expresa su discrepancia con la respuesta de la Audiencia Nacional a la impugnación de la prueba pericial que fue desarrollada en el plenario. Transcribe literalmente el fragmento del FJ 1º, en el que se reprocha a la defensa que tales informes “... *fueron impugnados de manera genérica y extemporánea por las respectivas defensas en sede de informe*”. Razona la defensa que, frente a lo resuelto por el Tribunal, sí que solicitó en su escrito de defensa la comparecencia de los peritos para ampliar o aclarar sus respectivos informes. Tales informes habían sido incluso impugnados con anterioridad, con ocasión de los recursos de reforma y apelación que fueron interpuestos en su momento contra el auto de procesamiento. Existió, por tanto, una impugnación sin respuesta en la instancia.

Dos razones se oponen la viabilidad del motivo.

La primera –puesta de manifiesto por el Fiscal en su escrito de impugnación- está relacionada con el criterio de esta Sala, expresado en numerosos precedentes, referido a la alegación casacional de quebrantamiento de forma sin haber agotado en la instancia todos los cauces que el ordenamiento jurídico concede para hacer valer esa censura. Las sentencias de esta Sala 323/2015, 20 de mayo y 444/2015, 26 de marzo, recuerdan que el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso (STS 671/2012, 25 de julio); pero además conlleva su denuncia en este control casacional, una exigencia procesal, acudir previamente en la instancia al trámite del art. 267 de la LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones (STS 360/2014, 21 de abril); pues el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo. Con ello, se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En palabras de la STS 290/2014, 21 de marzo: “...es doctrina ya relativamente consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º de la LECrim, introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5º de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas.

Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con tan feliz previsión se quiere evitar que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido iniciándose de nuevo eventualmente el itinerario impugnativo (lo que plásticamente se ha llamado "efecto ascensor"). Ese remedio está al servicio de la agilidad procesal (STS 686/2012, de 18 de septiembre, que cita otras anteriores). Desde esa perspectiva ha merecido por parte de esta Sala la consideración de presupuesto insoslayable para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva. Este nuevo remedio para subsanar omisiones de la sentencia ha superado ya su inicial período de rodaje, que aconsejaba una cierta indulgencia en la tesitura de erigir su omisión en causa de inadmisión. Pero se contabiliza ya una jurisprudencia que sobrepasa lo esporádico (SSTS 1300/2011, 23 de noviembre, 1073/2010, 25 de noviembre, la ya citada 686/2012, de 18 de septiembre, 289/2013, de 28 de febrero o 33/2013, 24 de enero) y que viene proclamando esa catalogación como requisito previo para un recurso amparado en el art. 851.3º LECrim”.

Quien ahora lamenta el silencio del Tribunal *a quo* a la hora de dar respuesta a sus pretensiones, no reaccionó en el momento de la notificación de la sentencia combatida ni hizo valer el expediente que ofrece el art. 267.5º de la LOPJ.

La segunda razón que abona el rechazo del motivo está relacionada con su distanciamiento respecto del concepto jurisprudencial de incongruencia omisiva. No será ocioso recordar, como hacemos en nuestras SSTS 636/2015, 27 de octubre; 249/2008, 20 de mayo; 390/2014, 13 de mayo; 334/2014, 3 de abril y 2026/2002, 2 de diciembre, que la jurisprudencia constitucional –de la que la STC 58/1996, de 15 de abril, es fiel exponente- ha acentuado la importancia de distinguir entre las

alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (SSTC 95/1990, 128/1992, 169/1994, 91/1995, 143/1995 y 58/1996). Respecto a las primeras, no sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita -y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundadores de la respuesta tácita.

Pues bien, en el presente caso, el reproche no se refiere a una omisión valorativa respecto de alguna de las pretensiones formalizadas en conclusiones definitivas por la defensa, sino a la falta de respuesta, con un argumento erróneo, de la impugnación efectuada respecto de la prueba pericial. Y esa impugnación no encierra en sí misma una pretensión inatendida, sino un argumento para restar fuerza probatoria al dictamen pericial. Esa queja, sin embargo, encuentra su tratamiento adecuado, no tanto en un motivo de quebrantamiento de forma, sino en la reivindicada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, alegación que integra el motivo cuarto.

Se impone, por tanto, la desestimación del motivo (arts. 884.4 y 885.1 y 2 LECrim).

3.- El segundo motivo está integrado por dos submotivos. Al amparo del art. 849.1 de la LECrim, se denuncia infracción de ley, por

aplicación indebida de los arts. 62 y 616 ter, así como del art. 570 bis 1, 2 b) y 3, todos ellos del CP. Analizaremos por separado ambas impugnaciones.

A) Alega la defensa que la sentencia recurrida ha aplicado erróneamente el art. 616 ter del CP, en el que se tipifica el delito de piratería. A su juicio, el argumento del Tribunal *a quo*, según el cual estaríamos ante un delito de mera actividad, en el que el simple atentado o acometimiento conlleva la consumación, no es de recibo. Estima el Letrado recurrente que la conducta típica prevista en aquel precepto exige indefectiblemente que el buque o aeronave sea sustraída a la posesión de sus legítimos titulares o, al menos, que resulte inservible para el cometido que le era propio. Sin embargo, en el presente caso –se razona– *“...el atunero nunca fue alcanzado por impacto ni dañado y por las declaraciones de los tripulantes del mismo no puede concluirse que los disparos supuestamente efectuados por los asaltantes fueran dirigidos a ellos y no consistieran en una mínima acción de intimidación, no pudiendo obviarse que nada más repelerles, emprendieron la huida [...]. La acción presuntamente perpetrada por los acusados no sólo no produjo daño alguno, sino que tampoco supuso un atentado para las personas y bienes del buque español, por cuanto que consta en las declaraciones testimoniales que los primeros disparos fueron efectuados por los miembros del equipo de seguridad del atunero español”*.

No tiene razón el recurrente.

El delito previsto en el art. 616 ter del CP, como con acierto recuerda la sentencia de instancia, es consecuencia del cumplimiento del mandato internacional asumido por España a raíz de la suscripción de la *Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, ratificada debidamente por

España (BOE núm. 39, 14 febrero de 1997). En su art. 101 define qué conductas han de considerarse constitutivas de un delito de piratería. Y su lectura, desde luego, descalifica el legítimo pero insostenible argumento de la defensa acerca de la posibilidad de que los hechos declarados probados sean considerados constitutivos de un delito de tentativa de piratería. En efecto, allí se dice que “*constituye piratería cualquiera de los actos siguientes: a) todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: i) contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; ii) contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado; b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata; c) todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente*”.

Como puede apreciarse, ni el art. 616 ter del CP, ni el art. 101 de la referida Convención Montego Bay, condicionan la consumación del delito de piratería a que el acto depredatorio llegue a realizarse, despojando a su titular del buque, o que éste quede inservible para la navegación a la que habitualmente se dedica.

Además, el *Instrumento de Ratificación del Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima*, hecho en Londres el 14 de octubre de 2005 (BOE núm. 170, 14 julio 2010), precisa, en los dos primeros apartados del art. 3.1, que “*comete delito en el sentido del presente Convenio toda persona que ilícita e intencionadamente: a) se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de*

violencia o cualquier otra forma de intimidación; o b) realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro la navegación segura de ese buque”.

En consecuencia, la idea de que la sentencia de instancia ha errado en el juicio de subsunción, pues los hechos deberían haber sido calificados como constitutivos de un delito intentado de piratería, es tan legítima como inaceptable. El art. 616 ter del CP es bien claro cuando integra en el tipo objetivo, tanto la acción violenta o intimidatoria de dañar o destruir un buque, como el atentado contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo del mismo. Desde esta perspectiva, basta una lectura del hecho probado de la sentencia recurrida –cuya aceptación constituye presupuesto *sine qua non* cuando se opta por la vía del art. 849.1 de la LECrim- para concluir que esos actos violentos e intimidatorios contra el buque atunero de bandera española *Izurdia*, dedicado a la pesca del bonito, fueron desplegados por los procesados: “...*así, sobre las 12,10 horas GMT del día 10 de octubre de 2012, los procesados Adawe Yusuf Ali (piloto del esquife), Abdi Ali Salad, Abdilahi Ise Jama, Yahye Omar Ali Hasan, Ali Mahamed Ali y Ali Mahamed Hirsi, en compañía de un menor de edad al que no afecta la presente resolución, en ejecución de un plan preconcebido, como integrantes de un grupo de acción pirata organizado, ya descrito, atacaron desde una embarcación tipo esquife de color blanco, al buque atunero congelador de bandera española "Izurdia" dedicado a la pesca del bonito, y perteneciente a la sociedad naviera "Atuneros Congeladores y Transportes Frigoríficos S.A." (ATUNSA) con sede social en Bermeo (Vizcaya), y número IMO: 92927785, que se encontraba ese día y hora en las coordenadas I:00°31N-L:050°37E, faenando en las aguas del Océano Índico, dirigiéndose directamente hacia dicho barco pesquero a alta velocidad, entre 18 y 20 nudos, abriendo fuego contra ellos por la parte de estribor del pesquero en dirección a la puesta de sol, empleando fusiles de asalto AK.47, estando en posesión además de un lanzagranadas*

tipo RPG,S que no consta fuese utilizado; ataque que fue repelido por el personal de seguridad privada a bordo del pesquero, adoptando las medidas preventivas según el protocolo de seguridad, levantando una valla alrededor del barco, y refugiándose la tripulación en lugar seguro, y dando el capitán la señal de alarma a través de la radio VHF, continuando el esquife aproximándose a 0,7 - 0,9 millas del pesquero que estaba haciendo fuego de contención, sin que el esquife detuviese su marcha, por lo que los disparos fueron entonces dirigidos al agua a las proximidades de la proa del esquife, sin que éste recibiese impacto alguno, siendo así que éstas ráfagas de fuego lograron que aquél cesase en su persecución, ante el peligro que para su integridad física conllevaban aquellas, poniendo rumbo hacia el oeste a uno 20 nudos de velocidad, finalizando el asalto sobre las 12,40 horas, en la posición I:00°22'N-L:050°42'E”.

La existencia de un primer acercamiento en el que los procesados, a bordo del esquife, abrieron fuego contra el barco pesquero por la parte de estribor, lo que obligó a los agentes de seguridad contratados a repeler la agresión y a hacer “*fuego de contención*”, colma plenamente las exigencias del tipo descrito en el art. 616 ter, que la defensa considera mal aplicado. Existió una acción violenta, gravemente intimidatoria contra las personas que integraban la tripulación del atunero, lo que impide hablar de tentativa de delito. Eso es lo que proclama el hecho probado. Cuestión distinta es que el motivo busque sustituir lo que en el factum se dice por lo que a la defensa le gustaría que dijera. Sólo así se entiende la glosa crítica que el motivo incluye respecto de las declaraciones del capitán, del patrón y de otros testigos presenciales del ataque.

La Sala no puede identificarse tampoco con la propuesta interpretativa que sugiere el motivo, referida a la interpretación de la locución “*atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo*”. Sea cual fuere la coincidencia o disimilitud que quiera atribuirse

al vocablo “*atentar*” con el delito de atentado a que se refieren los arts. 550, 551 y 552 del CP, está fuera de dudas que disparar con fusiles de asalto AK 47 a la banda de estribor de un atunero, obligando a repeler esos disparos por la seguridad del barco, integra el tipo alternativo de simple actividad a que se refiere aquel precepto.

Cita con razón el Ministerio Fiscal el importante precedente representado por la STS 313/2014, 2 de abril, en el que esta Sala estimó el recurso promovido contra la decisión de la Audiencia Nacional, que había calificado los hechos como constitutivos de un delito intentado de piratería. En el apartado 4º del FJ 4º de nuestra resolución nos expresábamos en los siguientes términos: “...*el tipo del artículo 616 ter del Código Penal, castiga, como hemos dicho, no sólo a los que con violencia, intimidación o engaño, se apoderen, dañen, o destruyan una aeronave, buque, u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, sino también a los que atenten contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas. Siendo así, los hechos declarados probados también podrían ser subsumibles en esta segunda forma de piratería, que hubiera quedado igualmente consumada. Lo que quiere decir que se trata de un tipo alternativo por cuanto en su primera forma de comisión exigiría un resultado mientras que para la segunda bastaría la mera actividad. También debe resaltarse que el legislador haya previsto específicamente el concurso real en el segundo párrafo y en relación con los delitos cometidos además del de piratería descrito en el párrafo primero del precepto que comentamos. [...] La sentencia de instancia descarta esta posibilidad porque, aun cuando constan los impactos en el buque, de ninguna de las declaraciones de los tripulantes se puede concluir que fueran dirigidos a ellos, y constituirían una mera acción de intimidación. De hecho, añade, ninguno de ellos resultó herido, y no consta trayectoria dirigida a sus posiciones. [...] Pero lo cierto es que, de conformidad con el factum de dicha resolución, complementado en los fundamentos en el*

apartado " prueba de los hechos " (2.1 (vi)), se especifica que " ... los ocupantes de un esquife, que llegaron a colocar escalas, a disparar hacia cubierta y emprendiendo la huida al ser repelidos", no solo procedieron a disparar contra la estructura del barco, sino también hacia la cubierta, contingencia que motivó que fueran respondidos desde el mismo. Concretamente fue un cabo primero de infantería el que efectuó disparos con su rifle y a continuación con la ametralladora. El citado cabo, según se declara también probado, estaba de guardia en la cubierta de popa cuando se apercibió de la presencia del esquife, de la que informó vía radio, al oficial de guardia. Entonces se establece zafarrancho de combate, se incrementa la velocidad del buque, cayendo a babor con el objeto de separar al esquife y se producen los disparos. Se puede pues afirmar que, independientemente de que los disparos estuvieran dirigidos específicamente a los tripulantes del buque, o que estos resultaran o no heridos, se atentó sin duda contra ellos y contra este último, pues se les agredió violentamente, disparando sus fusiles del tipo AK-47 hacia la cubierta, lugar de vigilancia, paso y presencia de la tripulación. [...] En este sentido debe otorgarse al verbo atentar su significado vulgar, y no equiparlo necesariamente al que se deriva de los artículos 550 y concordantes del Código Penal, donde se castigan los atentados contra la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos. Poco o nada tienen que ver estas últimas infracciones penales con las conductas penadas en el artículo 616 ter, donde no es el principio de autoridad el protegido sino la seguridad en el tráfico marítimo y aéreo a la que ya hemos aludido. Ello explicaría que se pueda atentar contra cualquier buque o aeronave, pública o privada; y no solo contra las personas, sino también contra el cargamento o los bienes. Lo que responde al significado del verbo atentar como equivalente a ejecutar o emprender alguna cosa ilegal o ilícita, significado más amplio que el estrictamente penal dirigido contra las personas”.

En suma, el delito de piratería previsto en el art. 616 ter del CP admite distintas formas comisivas, al responder su estructura a la que es propia de los tipos alternativos. La primera de ellas exigiría la destrucción, el daño o el apoderamiento de un buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar. Para la segunda, bastaría el atentado contra las personas, cargamento o bienes que se hallen a bordo de aquellas embarcaciones. En este caso, ya fuera el atentado contra las personas o bienes simplemente instrumental para la ejecución del acto de destrucción o apoderamiento, ya fuera el fin único perseguido por los piratas, el delito quedaría consumado.

Son estas las razones que conducen a la desestimación del submotivo hecho valer por la defensa.

B) Tampoco existió una indebida aplicación del art. 570 bis 1, 2 bis y 3 del CP. La defensa, también ahora, trata de respaldar su alegación, no a partir del hecho probado proclamado en la instancia, sino mediante su refutación. Así, el Letrado subraya aquellos elementos de prueba que, a su juicio, debieron haber sido acogidos por el Tribunal *a quo* en términos distintos a los reflejados en la resolución combatida; “...*dicha conclusión es completamente errónea, por cuanto que los datos externos objetivos permiten alcanzar otra inferencia con respaldo sobrado en datos objetivos valorables: los acusados no formaban parte de una organización criminal dedicada de una forma estable o por tiempo indefinido, no consta acreditado que de una manera concertada y coordinada se repartieran diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos graves*”.

El problema fundamental radica en que la vía casacional que proporciona el art. 849.1 de la LECrim –insistimos en ello- no permite ofrecer a esta Sala “...*otra inferencia con respaldo sobrado en datos objetivos valorables*”. No autoriza, en fin, a cuestionar lo que ha quedado o

no acreditado. De lo que se trata es de atacar el juicio de tipicidad, pero no a partir del dato fáctico sobre el que se construye, sino mediante el examen del error en el que haya podido incurrir el Tribunal *a quo* en la subsunción jurídica de los hechos. Es, por tanto, al relato de hechos probados al que hay que acudir para observar si existió o no la equivocación jurídica que se denuncia. De nada sirven, a estos efectos, las alegaciones mediante las que trata de cuestionarse la información obtenida a partir de las tarjetas SIM halladas en poder de los procesados o las conclusiones asociadas al lugar que ocupaba cada uno de ellos en la organización criminal.

En el juicio histórico puede leerse que los procesados “...*integraban durante el año 2012 una cédula de asalto o grupo de acción pirata organizado con material y elementos destinados al abordaje y secuestro de barcos comerciales que navegaban por el Océano Índico, frente a las Costas de Somalia, formando parte de una organización asentada en Harare, dedicada a la obtención de beneficios económicos ilícitos consecuencia del asalto, abordaje, y secuestro de embarcaciones en esa zona geográfica conocida como el "cuerno" de África. [...] El grupo estaba dotado de equipamiento que le aportaba la capacidad necesaria para el logro de sus fines, tecnología (armas de alto poder destructivo y capacidad de alcance, gasolina, telecomunicaciones) y operativa (empleo de un esquife, medios de escalo para el abordaje, uso de motores fuera borda) y gozaba de una organización interna (jerarquía y reparto de papeles) y profesional (uso de armas de fuego, ataque por la zona ciega del pesquero, elusión de la intervención de las armas que repelían la agresión, munición, armas y escalas arrojadas al mar, testimonio concertado en caso de ser detenidos, cohesión interna, actuación por cuenta de tercero, aportación de identidades ficticias, conocimiento de procedimientos paramilitares)*”.

El concepto de organización criminal ha sido definido por el artículo 570 bis CP, introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio, bajo la

rúbrica «*De las organizaciones y grupos criminales*». Conforme a aquel precepto, “*se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas*”. Esta definición, en su esencia, es también acorde con la línea jurisprudencial mayoritaria, expresada entre otras muchas, en las SSTS 808/2005, de 23 de junio; 763/2007, 26 de septiembre, 1601/2005, 22 de diciembre, 808/2005, de 23 de junio y 1177/2003, 11 de septiembre, con arreglo a la cual, la mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura.

En consecuencia, son elementos definitorios de la organización criminal: a) la agrupación de, al menos, tres personas para la comisión del delito; b) una actuación planeada, bien con carácter estable, bien por tiempo indefinido; c) el desarrollo de una tarea concertada y coordinada, con un reparto funcional de cometidos puestos al servicio del delito (cfr. STS 128/2015, 25 de febrero y 12/2012, 23 de febrero, entre otras muchas)”.

A partir de este entendimiento jurisprudencial del delito de pertenencia a organización criminal, es difícil detectar el error de subsunción que el motivo adjudica a la sentencia de instancia. Se trata de un colectivo armado que hace de la piratería su medio de vida, que localiza su actividad criminal en un espacio geográfico muy determinado –frente a las costas de Somalía- que selecciona sus objetivos conforme a una metodología que se repite en uno y otro caso, que emplea armas de alto

poder destructivo, telecomunicaciones de última generación, medios de escalo para el abordaje, motores fuera borda y, en fin, un grupo en el que están perfectamente distribuidos los espacios funcionales de cada integrante.

La Sala hace suyas las acertadas palabras de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional cuando, para motivar la calificación jurídica de los hechos como integrantes de un delito de pertenencia a organización, subraya que *“...carece de cualquier lógica, que las personas hoy acusadas, y sin otros medios que los que portaban fueran capaces por si solas de concluir el conjunto del operativo: traslado a tierra del barco atacado, mantenimiento de los cautivos y de los bienes aprehendidos, exigencia rescate, comunicación con los armadores a tal fin, negociación, comprobación de que sus reivindicaciones se cumplen, etc..., lo que indica que nos encontramos ante algo más que un mero grupo criminal, tratándose de una auténtica organización dedicada a la piratería, de la que sus componentes, entre ellos los ahora acusados, hacen su "modus vivendi" habitual, al desconocerse otras actividades lícitas que sirviesen de sustento a aquellos y a sus respectivas familias”*.

No ha existido error en la aplicación del art. 570 bis 1º cuando describe el concepto de organización. Tampoco ha errado la Audiencia cuando aplica el apartado 2 b) de ese mismo precepto. En él se castiga con la pena básica en su mitad superior cuando *“se disponga de armas o instrumentos peligrosos”*. Repárese en que la acción descrita en el factum fue ejecutada *“...empleando fusiles de asalto AK 47, estando en posesión además de un lanzagranadas tipo RPG,S”*. Hemos de descartar también cualquier error jurídico al estimar aplicable el apartado 3, en el que se agrava la pena *“...si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas”*. Excluir su aplicación nos obligaría a prescindir del fragmento del hecho probado en el que se describe que los acusados se dirigieron

hacia el atunero *Izurdía*” cuando éste se hallaba faenando, “...abriendo fuego contra ellos por la parte de estribor del pesquero en dirección a la puesta de sol”.

En definitiva, procede la desestimación del motivo, en aplicación de lo prevenido en los arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim.

4.- El tercero de los motivos, con cita del art. 849.2 de la LECrim, atribuye a la sentencia de instancia un error en la apreciación de la prueba, derivado de documentos que demuestran la equivocación del juzgador.

La crítica que da pie al motivo desborda los angostos límites del error de hecho, tal y como se concibe por el art. 849.2 de la LECrim y lo interpreta la jurisprudencia de esta Sala. Como recordábamos en las SSTS 794/2015, 3 de diciembre; 326/2012, 26 de abril; 1129/2011, 16 de noviembre y 1023/2007, 30 de noviembre, entre otras muchas, el documento ha de poner de manifiesto el error en algún dato o elemento fáctico o material por su propio poder demostrativo directo. Ese dato o elemento no puede estar contradicho por cualquier otro elemento probatorio que haya sopesado el tribunal. Además, ese dato contradictorio, acreditado documentalmente, ha de ser relevante para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo. La autosuficiencia probatoria tiene que traducirse en que el documento, por sí solo, ha de proyectar su intrínseco significado jurídico frente a todos, sin necesidad de otros medios probatorios. Dicho en palabras de la STS 166/1995, 9 de febrero, resulta indispensable que los documentos contengan particulares, circunstancias o datos, que por sí mismos y sin necesidad de complementación, interpretación o razonamientos colaterales, choquen frontalmente con lo declarado probado, acreditando así indubitadamente la desviación que en la apreciación de la prueba se denuncia.

Y nada de lo expuesto concurre en el presente caso. La defensa cita en respaldo de su tesis las fotografías que obran en la causa y en las que se observa cómo los acusados tiran al mar las armas y una escala. Se queja de su tamaño “*diminuto*” y sugiere la duda acerca de que esas fotografías puedan referirse a un reportaje perteneciente a otro episodio de detención de piratas. Se añade al desacuerdo respecto de la valoración probatoria de las fotografías la falta de garantías de la declaración del comandante del barco de guerra de la Marina Real Holandesa, prestada con fecha 12 de octubre de 2012 e introducida en el plenario mediante su lectura, con invocación del art. 730 de la LECrim.

Ni lo uno ni lo otro integra el concepto casacional de documento.

No sin algunos precedentes que matizan el significado probatorio de las fotografías como documentos que expresan el estado de lo fotografiado en el momento en el que se obtuvo la toma (cfr. STS 126/2011, 31 de enero), lo cierto es que la jurisprudencia de esta Sala, declara que las fotografías no tienen carácter documental a efectos casacionales, pues su contenido se halla matizado por el lugar desde donde se toman, de la iluminación, el color, lo que obviamente, sólo puede ser valorado por el Tribunal de Instancia (cfr. SSTS 766/2008, 27 de noviembre y 335/2001, 6 de marzo, entre otras).

Y respecto de las declaraciones testificales, con independencia de que el testigo haya declarado permitiendo la inmediatez del Tribunal o que se haya procedido a la lectura de su testimonio al amparo del art. 730 de la LECrim, una reiterada jurisprudencia rechaza su valor como documento casacional. Se trata simplemente de pruebas personales documentadas y, por tanto, inidóneas para acreditar el error valorativo del órgano decisorio.

Resulta obligada la desestimación del motivo (arts. 884.4 y 6 y 885.1 y 2 LECrim).

5.- El cuarto motivo se hace valer al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim. Denuncia la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE.

El motivo está condenado al fracaso.

El ámbito de nuestro conocimiento cuando se alega la infracción de aquel derecho es bien limitado, como se encarga de reconocer una reiterada jurisprudencia de esta Sala. No debemos olvidar, además, que en la casación penal la posición de esta Sala a la hora de fiscalizar la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no permite desplazar la valoración que ha llevado a cabo el Tribunal de instancia por otra de carácter alternativo. Nuestro papel se limita a constatar la existencia, la licitud y la suficiencia de la prueba de cargo invocada por los Jueces a cuya presencia se han desarrollado las pruebas. Sólo nos queda verificar que el proceso intelectual que ha llevado a la afirmación de la autoría del recurrente no adolece de ninguna grieta estructural que convierta lo que debiera ser un discurso coherente, ajustado a las reglas de la lógica, en una decisión puramente intuitiva, ajena al canon de racionalidad que ha de presidir toda valoración de la actividad probatoria (cfr., por todas, SSTS 777/2009, 24 de junio, 395/2009, 16 de abril y 887/2008, 10 de diciembre).

En el presente caso, la Audiencia exterioriza de forma encomiable el arsenal probatorio que sustenta el juicio de autoría. En el FJ 1 se alude al testimonio del capitán de corbeta de la Marina Española, Alfredo Saco, quien explicó cómo los acusados fueron trasladados en un helicóptero de la Marina Holandesa al buque Castilla. Relató con detalle cómo se mantuvo en todo momento la cadena de custodia respecto de los efectos que le

fueron entregados por la fuerza holandesa, inventarió el material que fue puesto a su disposición y, de modo especial, los teléfonos, cuchillos y ropa que contenían las cajas.

Declararon también los agentes de Policía Nacional que habían recibido el informe de la Fiscalía holandesa dando cuenta de la detención de un esquiife con piratas somalíes. Especial valor incriminatorio encierra el testimonio del capitán del atunero, que afirmó haber avistado la maniobra de aproximación del esquiife, lo que obligó a activar el protocolo de seguridad, quedándose él "*...en el puente de mando junto con el patrón de pesca y los miembros de seguridad que eran tres*". No llegó a ver los disparos, pero fue informado por seguridad de que "*... les estaban respondiendo a los que ellos efectuaban*". Identificó la embarcación que les atacó por la fotografía que les fue remitida al día siguiente por la marina holandesa. También identificó el esquiife "*fácilmente*" el patrón de pesca Jon Andoni Poncela, aportando datos referidos al número de piratas y a la vestimenta de uno de ellos. Del mismo modo, Claudio Manuel de la Rubia Vázquez, miembro de la seguridad del barco atunero, describió con detalle el intercambio de disparos, hasta el punto de llegar a apreciar la existencia de un RPG, esto es, un fusil lanzagranadas. Contestes en lo esencial, los testigos Pablo Santos Lobato y Francisco Miguel Gutiérrez Moral, éste último jefe de seguridad del atunero, narraron las circunstancias y, lo que resulta decisivo, los datos sobre los que apoyaron la identificación del atunero obtenida a partir de las fotografías suministradas por la Fiscalía holandesa.

Se apoyan los Jueces de instancia en lo que califican como "*pericial de inteligencia*", refiriéndose así al dictamen emitido por los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, que extendieron sus explicaciones al *modus operandi* de este tipo de organizaciones y que tomaron como base los documentos, fotografías y huellas proporcionados por la Fiscalía

holandesa. Abundan los precedentes de esta Sala relacionados con el valor probatorio de esa clase de informes (cfr. STS 870/2012, 5 de diciembre). No existe en nuestro derecho la figura del "*consejero técnico*", propia de otros sistemas procesales de nuestro entorno. No resulta fácil, desde luego, calificar como prueba pericial, sin otros matices, las explicaciones ofrecidas por los agentes de policía acerca de la forma de actuar de determinadas organizaciones o bandas criminales. Lo cierto es, sin embargo, que la reforma de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Civil ensanchó el espacio funcional reservado al perito. Ya no se trata de suplir las carencias del Juez o Fiscal mediante un dictamen relacionado con los "*conocimientos científicos o artísticos*" (art. 456 LECrim). Lo que el art. 335.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza –con incuestionable valor supletorio– se extiende, no sólo a los "*conocimientos científicos o artísticos*", sino a los "*conocimientos técnicos o prácticos*". Es evidente, por tanto, que la colaboración de un profesional en la descripción de la metodología y de los modos de organización y funcionamiento de una estructura y unos recursos humanos puestos al servicio del delito, puede ser de una gran utilidad para el órgano decisorio. La práctica que inspira la actuación de una organización criminal puede ser descrita con una referencia simplemente empírica, nutrida por la experiencia de quien se ha infiltrado en una de esas estructuras o ha hecho de su investigación el objeto cotidiano y preferente de su actividad profesional como agente de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Pero puede ser también objeto de una explicación basada en el manejo de categorías y conceptos propios de la sociología o criminología. La sofisticación de los medios empleados para la intercomunicación de los integrantes de esas bandas u organizaciones, las habituales técnicas de encriptación y, en fin, la constante tendencia a la clandestinidad, son razones suficientes para admitir una prueba pericial cuyo objeto sea ofrecer al Juez, al Fiscal y al resto de las partes, una explicación detallada de la "*práctica*" que anima la actividad delictiva de esas y de otras organizaciones delictivas.

No ha existido, por tanto, el vacío probatorio que el motivo atribuye a la sentencia recurrida. La Audiencia valoró también la prueba de descargo ofrecida por las defensas. La declaración exoneratoria de los acusados, que pretende justificar su presencia en el lugar de los hechos justificada por la desesperada búsqueda de un compañero caído al mar, carece de la más mínima verosimilitud.

Se enriquece el sustento probatorio de la autoría de los procesados con la declaración del comandante del barco de guerra de la Marina Real Holandesa, Jan-Hubbert Hulsker, quien dirigió la persecución que acabó con la detención de los piratas somalíes. Explicó las circunstancias del avistamiento y fuga del esquife. Su testimonio ante las autoridades holandesas fue introducido en el plenario mediante el expediente que ofrece el art. 730 de la LECrim.

En definitiva, la Audiencia contó con prueba lícita, de signo inequívocamente incriminatorio, prueba que fue valorada en la instancia con arreglo a las máximas de experiencia y conforme a los dictados del canon racional impuesto por nuestro sistema de valoración probatoria (art. 741 de la LECrim).

Se impone, en consecuencia, la desestimación del motivo (art. 885.1 y 2 de la LECrim).

6.- El quinto motivo, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia vulneración del art. 24 de la CE, en el particular derecho a un proceso con todas las garantías.

La impugnación se centra en la pretendida vulneración del derecho a un juez imparcial, con la consiguiente infracción del derecho a la tutela

judicial efectiva, así como de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El desarrollo argumental, sin embargo, se limita a expresar el desacuerdo del recurrente con un comentario del Presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, órgano de enjuiciamiento, que manifestó textualmente: “...*vamos a ver, el problema es que sabían perfectamente lo que estaban diciendo; se estaban cachondeando*”. Así consta en el vídeo 2 correspondiente al día 19 de enero de 2015, en el minuto 14;13:36. Se trataba –aduce la defensa– de una clara alusión a las declaraciones efectuadas ese mismo día por los acusados, “...*incurriendo por tanto en una evidente falta de imparcialidad al hacer alusión a la culpabilidad de los acusados sin haberse practicado aún el resto de la prueba propuesta por las partes, dando por hecho la realización por los acusados de los hechos imputados...*”.

El motivo no puede ser admitido.

Tiene toda la razón el Fiscal cuando en su escrito de impugnación destaca que, objetivamente considerada, esa frase en modo alguno puede ser interpretada en el sentido que sugiere el recurrente. Esa afirmación, más que una predeterminación de la culpabilidad puede calificarse como una expresión anodina e intrascendente. Se trata, en fin, de un simple comentario, más o menos afortunado, emitido cuando ya el acto formal del interrogatorio había terminado y que en nada interfiere el proceso de deliberación y valoración probatoria que siguió a la práctica de la totalidad de la prueba. Si bien se mira, incluso, la afirmación del Presidente está conectada, no a un prejuicio de culpabilidad, sino a la actitud de los acusados durante el interrogatorio.

*RECURSO DE YAHYE OMAR ALI HASAN, ALI MAHAMED ALI y
ALI MAHAMED HIRSE*

7.- También ahora la coincidencia argumental de los motivos formalizados autoriza su tratamiento conjunto. Se formaliza un único motivo, al amparo de los apartados 1 y 2 del art. 849 de la LECrim, “...ya que los hechos probados se ha infringido el carácter sustantivo de la apreciación de la prueba”.

El esquema argumental del motivo –más allá del equívoco que alienta su enunciado- sugiere que el esfuerzo de la defensa gira en torno a la reivindicación de la inocencia de sus patrocinados. Se destacan los numerosos errores en que habría incurrido el órgano de instancia -errores en la identificación del esquiife, en la identificación de la tripulación, en la valoración de los peritos- y se insta la absolución de los acusados.

El motivo no es viable.

No ha existido vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El mismo cuerpo jurisprudencial al que hemos hechos referencia en el FJ 5º de esta resolución y, sobre todo, las razones que *in extenso* hemos expuesto en ese mismo fundamento, son ahora las claves de la desestimación del motivo. A lo allí expuesto, por tanto, procede remitirse, aplicando ahora los mismos preceptos que entonces abocaron a la desestimación del motivo (art. 885.1 y 2 de la LECrim).

8.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de los procesados **ADAWÉ YUSUF, ABDI ALI SALD, ABDILAHÍ ISE JAMA, YAHYE OMAR ALI HASAN, ALI MAHAMED ALI y ALI MAHAMED HIRSE**, contra la sentencia núm. 1/2015, de fecha 2 de febrero de 2015, dictada por la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, en la causa seguida por los delitos de piratería y pertenencia a organización criminal y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Manuel Marchena Gómez

D. José Ramón Soriano Soriano

D^a. Ana María Ferrer García

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Joaquín Giménez García

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gómez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.