



Roj: **SAP B 3215/2014 - ECLI: ES:APB:2014:3215**

Id Cendoj: **08019370102014100210**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **10**

Fecha: **20/03/2014**

Nº de Recurso: **314/2013**

Nº de Resolución: **353/2014**

Procedimiento: **Apelación penal**

Ponente: **SANTIAGO VIDAL MARSAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIÈNCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

Sala Penal. Secció desena

Recurs d'Apel·lació nº 314/13-C

Procediment Abreujat nº 128/09

Jutjat Penal nº 1 de Vilanova i la Geltrú

SENTÈNCIA

Il.lms/a magistrats/ada

Sra. MONTSERRAT COMAS ARGEMIR CENDRA

Sr. JOSE MARIA PLANCHAT TERUEL

Sr. SANTIAGO VIDAL I MARSAL

Barcelona, vint de març de dos mil catorze

Vist en grau d'apel·lació per aquesta Secció desena de l'Audiència provincial, el procediment abreujat nº 128/09 del Jutjat Penal nº 1 de Vilanova, en tràmit en aquest tribunal de segona instància amb motiu dels recursos formalitzats per la representació processal dels acusats Belarmino , Casimiro i Cornelio , contra la sentència dictada per l'esmentat òrgan unipersonal el dia 31 de juliol de 2013, per delictes d'associació il·lícita, incitació a l'odi racial i discriminació, tinença d'armes prohibides. Ha estat designat ponent l'Il.lm Sr. SANTIAGO VIDAL I MARSAL, qui exposa la decisió unànime de la Sala.

Antecedents Processals

Primer. - La part dispositiva de la sentència apel·lada recull el següent contingut literal: " *FALLO que debo condenar y condeno a los acusados Cornelio , Belarmino y Casimiro como autores de un delito contra los derechos fundamentales por provocación a la discriminación racial, en concurso ideal con un delito de asociación ilícita, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante cualificada de dilaciones indebidas, y les impongo a cada uno la pena de DOS AÑOS y SEIS MESES de prisión, con accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, y 18 MESES de MULTA con cuota de 3 euros diarios, responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial durante 9 años para el acceso y/o ejercicio de cargo público. Deberán abonar 3/14avas partes de las costas procesales. Absuelvo a los acusados Jenaro , Leoncio , Mauricio y Porfirio , de los delitos por los que venían siendo imputados en este proceso, por prescripción.*

Segon.- Contra l'esmentada resolució van interposar -dins de termini legal- recurs d'apel·lació les defenses dels tres acusats. Admesos a tràmit per provisió de 3 d'octubre de 2013, prèvia impugnació del Ministeri Fiscal i adhesió recíproca es van elevar les actuacions a aquesta Superioritat el dia 18 de novembre. Per diligència d'ordenació de 27.12.13 es va designar magistrat ponent d'acord amb el torn establert, i es va assenyalar el



proppassat dia 5 de febrer 2014 per a deliberació, votació i decisió. No s'ha celebrat vista pública en no haver estat demanada per la part recurrent ni considerar-la necessària el tribunal.

Tercer.- En la tramitació d'aquest recurs s'han respectat totes les prescripcions exigides per la llei d'enjudiciament criminal.

FETS PROVATS

S'accepta íntegrament el relat fàctic de la sentència apel·lada, que escau donar per reproduït a fi i efecte d'evitar reiteracions inútils.

FONAMENTS DE DRET

I.- Les defenses dels tres recurrents fonamenten l'apel·lació en idèntics motius principals i subsidiaris a l'empara del que permet l' art. 790 de la llei 38/02 de 24 d'octubre , raó per la qual seran estudiats i resolts de forma conjunta, a fi i efecte de dotar a la present resolució la coherència expositiva adient, i evitar repeticions innecessàries.

En síntesi, plantejen: A) Error en la valoració de la prova per part de la jutge penal en relació a la participació en els delictes imputats, amb infracció del dret constitucional a la presumpció d'innocència (art. 24.2on CE) i del principi " *in dubio pro reo* ". B) Infracció de llei per aplicació indeguda dels arts. 510 , 515.5 i 517.1er del Codi Penal ; C) Vulneració de l'art. 21.5 en seu de desistiment i reparació parcial del dany; D) Infracció de l'art. 21.6 en seu de dilacions indegudes. Conclouen demanant la lliure absolució o, subsidiàriament, la reducció de la pena imposada en dos graus.

Al·leguen en primer lloc que la prova testifical relativa a la participació en l'associació il·lícita "**Frente Joven Obrero**", d'ideologia neonazi, practicada en el judici oral, palesa que únicament ostentaven càrrecs nominals de secretari, tresorer i administrador, sense que s'hagi demostrat que van intervenir en la difusió per internet d'idees relatives a la persecució de determinats col·lectius socials, o provocació de l'odi racista i xenòfob. Després de matisar que les diligències d'entrada i registre, així com les interceptacions telefòniques palesen que no eren els membres directius de l'associació, i que tampoc tenien coneixement dels missatges racistes discriminatoris penjats a la "xarxa", sol·liciten es revoqui la condemna dictada en la primera instància penal.

La Sala no pot compartir aquest plantejament d'autodefensa atès que està mancat del suport provatori que permeti modificar el relat de Fets Provats.

La part recurrent es limita a exposar la seva valoració -legítima però obviament parcial i esbiaixada- discrepant de la jutjadora d'instància penal, tot demanant al tribunal quelcom inviable, com és que substitueixi l'apreciació d'unes proves de caire personal presidides pel principi d'immmediació, facultat que li està prohibida per la STC 167/02 de 13 de setembre i la 2/10 d'11 de gener . Només el/la jutge davant de qui han declarat els testimonis (en aquest cas, funcionaris públics en l'exercici de la tasca policial) pot atorgar o manllevar credibilitat objectiva a les seves manifestacions. La Sala s'ha de limitar a una funció revisora de la coherència expositiva seqüencial , legalitat, suficiència i conseqüent eficàcia incriminatòria als efectes previstos en l' art. 24.2 CE .

L' estudi de la sentència apel·lada i de les actuacions, palesa inequívocament que no estem davant de cap error flagrant en la valoració de la prova com reclamen els acusats. Ans al contrari, de forma detallada i amb la deguda precisió, la jutge penal descriu la conducta de cada un dels implicats en l'afer per tal de bandejar la versió auto exculpatòria explicada per aquest, i això li permet atribuir-los una participació eficient en la vulneració del bé jurídic protegit per l' art. 510 en relació als 515 i 517 de la LO 5/10 de 22 de juny . Escau rebutjar per tant la crítica a manca de motivació (art. 120.3er CE) i inexistència d'individualització de la conducta cooperativa.

Qüestionen les defenses que la simple designació i acceptació dels càrrec que tenien dins l'associació (secretari, tresorer i administrador) comportin ineluctablement que coneixien i potenciaven totes les activitats que altres membres del grup duguessin a terme. I en concret, insisteixen que mai van ser els autors materials de les frases que recull el relat de Fets Provats, inequívocament provocadores a la discriminació racial, l'odi vers als estrangers, i la xenofòbia laboral. La seva participació tangencial la recolzen en el fet que alguns dels Agents policials que van intervenir en l'operatiu de vigilància i seguiment, van declarar en el plenari que només s'havien gravat -amb autorització judicial- les converses mantingudes entre els principals directius de l'associació, i que cap d'ells hi apareix.

És cert que als tres apel·lants no se'ls va intervenir el telèfon, si bé respecte d'un d'ells -Sr. Cornelio -, sí que es va dur a terme una diligència d'entrada i escorcoll domiciliari, amb incautació de diverses armes i munició, que



una vegada analitzades en el laboratori de Policia Científica, es va poder constatar que eren d'aire comprimit, i per tant, inidònies per a fer foc real. Però el resultat d'aquest informe pericial ja ha servit per a descartar la condemna pel delictes de tinença il·lícita d'armes que, d'acord amb el que recull l' art. 563 CP , inicialment també se'ls havia imputat.

Respecte de la prova testifical dels Agents, la Sala ha de recordar que la valoració de credibilitat dels testimonis és una facultat analítica exclusiva i excoent del jutge "a quo", car només davant d'ell han declarat i en conseqüència és l'únic que pot valorar la fermesa i convicció de les seves paraules. Al tribunal de segona instància només li està reservada la facultat d'examinar la congruència entre el que van dir i el que recull la sentència, sense que en aquest cas apreciem cap contradicció rellevant.

La STC de 12.11.90 ja va reconèixer l'aptitud de la declaració dels testimonis presencials com a element provatori adient per a destruir el principi constitucional de presumpció d'innocència previst en l' art. 24.2 de la CE , en especial , si reuneix la doble condició objectiva de testimoni directe presencial de l'acció i la subjectiva de ser funcionari públic. Les més recents STS de 16 de juny 1999 i 5 de maig de 2010 , ens han recordat que el tribunal ha de ponderar amb equitat la coherència i fiabilitat de les declaracions dels testimonis, tot partint de la consideració que si es tracta d'un funcionari públic en l'exercici de les seves funcions reglamentaries, en aquest cas la L.O. 1/92 de Seguretat Ciutadana i la Llei 10/94 de Seguretat Pública de Catalunya, gaudeixen " *prima facie* " de credibilitat objectiva llevat que es demostrï té mòbils espuris que permetin inferir manca d'imparcialitat.

La conseqüència jurídica és obvia: si hi ha sospites que concorren aquests mòbils , escau a la defensa aportar a judici proves o indicis que així ho acreditin. No ha estat pas així, puix que els recurrents s'han limitat a intentar desacreditar als Agents de la policia de forma genèrica afirmant quelcom que no van dir en el plenari, és a dir, que els tres acusats tenien una participació irrellevant en l'activitat de l'associació racista. L'estudi del CD amb la gravació audio visual del judici, permet copsar sense gaires dificultats que els funcionaris públics esmenten als tres acusats com a socis fundadors, i si bé és veritat que matisen que les investigacions els van dur a centrar la seva atenció en dos dels altres 7 acusats (que han estat absolts per prescripció), no gensmenys aclaren que tots actuaven de comú acord i assistien a les reunions en el local social. És allí on planificaven llurs actuacions i on decidien quins missatges discriminatoris delictius calia "penjar" a la pàgina web del grup, essent indiferent qui fos l'autor material d'escriure'ls.

Partint doncs de les esmentades declaracions en el plenari, lícites com a font de prova, coherents amb allò que ja consta en l'atestat, i emparades per la presumpció d'objectivitat inherent a tota funció pública, la jutge penal dedueix mitjançant un simple sil·logisme lògic racional , seguint les pautes interpretatives de l' art. 741 Lecrim ., que els acusats van executar les accions il· lícites per les quals han estat condemnats, més benèvola que la inicialment imputada pel Ministeri Fiscal atès que aprecia la concurrència d'un concurs de normes a l'empara de l'art. 77 del Codi.

II.- El segon motiu dels recursos planteja una hipotètica infracció dels arts. 510 (incitació a l'odi racial i a la discriminació), arts. 515 i 517.4t (associació il·lícita), tot argumentant que manca l'element subjectiu de l'injust, és a dir, la voluntat de perseguir als esmentats col·lectius minoritaris, d'insultar-los i agredir-los, atès que no haurien intervingut en la decisió ni redacció de cap de les frases difoses per internet que van ser intervingudes durant la investigació judicial.

La seva tesi relativa a que només eren un grup d'amics als que els unia la passió pel futbol i el "patriotisme espanyol", ha estat rebutjada en la sentència d'instància sota tres arguments complementaris que la Sala comparteix íntegrament. El primer, que malgrat els estatuts de l'associació parlen d'una finalitat lícita (i per això van ser admesos en el Registre de la Generalitat), l'activitat real desenvolupada no tenia res a veure amb aquells fins socials. El segon, que si bé entre els membres del grup no hi havia una jerarquia clarament establerta, tots ells participaven en les reunions associatives i prenien les decisions conjuntament, per la qual cosa és absurd mantenir que els tres acusats ignoraven el que feien els altres quatre. El darrer, que les imatges gravades dels acusats quan participen junt amb altres implicats en escenes d'exhibició de combat, armes i defensa, palesen que amb independència del càrrec nominal que cada un tingués tots eren cooperadors necessaris (art. 28.1.2 CP) de l'activitat il· lícita.

Amb aquest bagatge provatori, i tenint en compte que el tribunal de segona instància no gaudeix de la immediació, oralitat i contradicció pròpies del jutge "a quo", la Sala no pot sinó concloure que l'anàlisi valoratiu efectuat pel jutge penal és encertat d'acord als criteris de raonabilitat de l' art. 741 Lecrim , ja que gaudeix de motivació adient i roman emparat per les regles més elementals de la lògica, sense que les defenses hagin introduït elements degudament fonamentats -llevat de la seva personal versió- per a poder aplicar al cas el principi jurídic "in dubio pro reo" que reclamen alternativament.



III.- Com a tercer motiu, s'al·lega que caldria aplicar la circumstància atenuant de l' art. 21-7 CP (dilacions indegudes per paràlització injustificada de la tramitació processal) com a molt qualificada, i per tant, reduir la mètrica penològica en dos graus, a l'ensens que una de les defenses introdueix quelcom que no es va plantejar en el judici oral, és a dir, l'aplicació d'ofici de l'atenuant analògica de reparació del dany (art. 21.5è) atesa la dissolució voluntària de l'associació tant bon punt van conèixer que el partit matriu (Alianza Nacional) havia estat il·legalitzat pel Ministeri de l'Interior.

La pretensió dual ha de ser desestimada. En quan al rebuig de l'activitat per mitjà de l'acord social que va dissoldre el grup, hem de coincidir amb la jutge penal que no va ser pas una decisió voluntària sinó motivada per la por de ser descoberts. És a dir, els acusats van acordar donar-se de baixa en el Registre públic atès que temien ser objecte -cas de mantenir l'activitat- d'investigació policial, vist el precedent del que havia succeït amb Alianza Nacional i la coincidència d'objectius racistes. Dita prevenció no pot ser mai confosa amb una renúncia altruista per convicció de l'antijuridicitat dels fins que perseguia l'associació, i per tant, no mereix cap atenuació de pena.

Respecte de les dilacions indegudes, escau recordar que el Ple jurisdiccional de la Sala Penal de l'Audiència de Barcelona, va aprovar en data 16 d'octubre de 2012 un Acord en el sentit que si la tramitació normal de la causa havia romàs aturada més de 1 any i ç , calia apreciar la circumstància atenuant simple (meitat inferior), i si superava 3 anys era d'aplicació com a circumstància qualificada amb reducció de la pena en un grau. Així ho ha fet la jutge penal, i per tant no s'ha infringit pas l' art. 66.1er del Codi Penal .

IV.- El darrer motiu del recurs planteja que caldria haver aplicat el criteri d'absorció delictiva previst en l'art. 8-3er del Codi, i no pas el règim concursal de l' art. 77, en la relació existent entre el delictes de l' art. 510 i el de l' art. 515 CP , amb la conseqüent revisió de la mètrica penològica fixada en la sentència condemnatòria.

La jurisprudència del tribunal Suprem ha resolt ja en multitud d'ocasions aquest debat, en el sentit de matisar que el principi d'especialitat de l'art. 8 (concurs de lleis) és substancialment distint del concurs de delictes que recull l'art. 77, si bé totes dues normes tenen una finalitat concurrent, en el sentit d'impedir l'exacerbació punitiva quan entre una determinada conducta il·lícita i una altra hi ha conexitat temporal i béns jurídics protegits homogenis. I en concret, la STS de 6 de juliol de 2004 ja va aclarir que si l'acció antijurídica desenvolupada és plural, per tal d'abastar la totalitat de l'injust cal atorgar preferència a l'esmentat concurs ideal.

En l'afer que ens ocupa, és evident que la discriminació racial i provocació de l'odi previst en l' art. 510 CP no requereix imperativament l'existència d'una xarxa o associació , puix és un delictes que pot cometre qualsevol persona individual. En conseqüència, ambdues normes són aplicables en els termes que recull l'art. 77 del Codi, si bé la pena privativa de llibertat a imposar serà única.

Les costes processals generades en aquesta segona instància es declaren d'ofici, d'acord amb l' art. 240 Lecrim .

Vistes les normes legals esmentades i demés de general aplicació al cas, prèvia la preceptiva deliberació i votació en la seu d'aquest òrgan jurisdiccional col·legiat, decidim la següent

DISPOSITIVA

Que amb desestimació dels recursos d'apel·lació interposats per la respectiva representació processal dels acusats Belarmino , Casimiro i Cornelio , contra la sentència dictada en data 31 de juliol de 2013 pel Jutjat Penal nº 1 dels de Vilanova, hem de **CONFIRMAR i CONFIRMEM** íntegrament l'esmentada resolució, tot declarant d'ofici les costes processals d'aquesta segona instància.

Notifiqueu aquesta sentència a totes les parts comparegudes, i feu-los saber que no s'escau interposar-hi cap recurs ordinari. Tot seguit, retorneu les actuacions originals al jutjat penal de procedència per a la seva execució d'acord amb el dret.

Deixeu-ne Testimoniatge en el rotlle d'apel·lació incoat en aquest tribunal i arxiveu-lo sense més tràmits.

Així ho pronunciem i signem els/la magistrats/ada resenyats a la capçalera.

E/.

PUBLICACIÓ.- L'anterior sentència ha estat llegida en el dia d'avui i en audiència pública per l'Il·lm Sr. magistrat ponent. En dono fe. La secretaria judicial.

-