



Roj: STS 4835/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4835  
Id Cendoj: 28079120012016100846  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 10881/2015  
Nº de Resolución: 852/2016  
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO  
Tipo de Resolución: Sentencia

Recurso Nº: 10881/2015

**TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal**

**SENTENCIA**

**Sentencia Nº:** 852/2016

**Fecha Sentencia :** 11/11/2016

**Ponente Excmo. Sr. D. :** Alberto Jorge Barreiro

**Segunda Sentencia**

**RECURSO CASACION (P) Nº :** 10881/2015 P **Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimatoria Parcial  
**Señalamiento:** 18/10/2016

**Procedencia:** AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN SÉPTIMA

**Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

**Escrito por :** HPP

Recurso Nº: 10881/2015

- Recurso de tres condenados como autores cada uno de dos delitos de tentativa de asesinato en el curso de una disputa en la vía pública entre miembros de los Latin Kings y de la banda de los Trinitarios para saldar antiguas rencillas. Recurrieron otros cuatro sujetos que fueron condenados como miembros activos del delito de asociación ilícita en relación con el grupo de los Latin Kings.

- Se estima el recurso de dos de los acusados de los delitos de tentativa de asesinato. El primero de ellos porque, al margen de haber sido incriminado por la declaración de un testigo protegido anónimo y oculto, sobre el que no fue descubierta su identidad a pesar de haber motivado su petición el acusado en su escrito de calificación, tampoco concluyó prueba de cargo suficiente contra él, ya que el testigo protegido lo había identificado en rueda judicial más de un año después de los hechos y con datos objetivos que ponen en duda la fiabilidad del testimonio de cargo. Y el otro acusado fue absuelto por las mismas razones, ya que el testigo que lo incriminó era el mismo testigo protegido NUM000 , que ya había incriminado al otro acusado. En ambos casos, no quedó enervada la presunción de inocencia debido a las carencias de fiabilidad del testimonio de cargo.

- Teoría general sobre la validez de la práctica de la prueba de los testigos protegidos anónimos y ocultos, a tenor de la jurisprudencia de esta Sala, del TC y del TEDH.

- Se mantiene la condena como autor de dos tentativas de asesinato con respecto al tercer acusado, y se corrobora la condena de los tres como autores del delito de ser miembros activos de una asociación ilícita. Y también se ratifica la de otros cuatro acusados que impugnaban la condena por el mismo delito del art. 517.2º del C. Penal , cuestionando que fueran miembros activos de los Latin Kings.

- Concepto de asociación ilícita y de miembro activo de asociación ilícita.

**Nº: 10881/2015P**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro**

**Fallo: 18/10/2016**

Recurso Nº: 10881/2015

**Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SENTENCIA Nº: 852/2016**

**Excmos. Sres.:**

**D. Andrés Martínez Arrieta**

**D. José Ramón Soriano Soriano**

**D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

**D. Alberto Jorge Barreiro**

**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 once de Noviembre de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección séptima, de fecha 28 de enero de 2015 . Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes, los acusados Olegario Rosendo , representado por el procurador Sr. Rodríguez Nogueira; Arsenio Bienvenido representado por la Procuradora Sra. Revillo Sánchez; Ildefonso Octavio representado por el Procurador Sr. López Somovilla; Raul Nicanor representado por la Procuradora Sra. Arnaez Granda; Paulino Oscar representado por la Procuradora Sra. Gómez-Pimpollo del Pozo; Severino Urbano representado por la Procuradora Sra. Arnaiz Granda y Emiliano Genaro representado por el Procurador Sr. Romero Ballester. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

### **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción número 30 de Barcelona instruyó sumario

2/2010, por delitos de asesinato en grado de tentativa y asociación ilícita, contra Olegario Rosendo , Arsenio Bienvenido , Ildefonso Octavio , Raul Nicanor , Paulino Oscar , Severino Urbano , Emiliano Genaro y otros, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Séptima, dictó en el Rollo de Sala 4/2012 sentencia en fecha 28 de enero de 2015 con los siguientes hechos probados:

"Primero. - A fecha 10 de diciembre de 2009, Arsenio Bienvenido , también conocido como " Bicho " , Ildefonso Octavio , también conocido como " Gotico " , Paulino Oscar , también conocido como " Mantecas " , Olegario Rosendo , Aquilino Urbano , también conocido como " Limpiabotas " , Severino Urbano , Emiliano Genaro y Raul Nicanor también conocido como " Cebollero " , todos anteriormente circunstanciados en el encabezamiento de la presente resolución; estaban integrados en el colectivo urbano de jóvenes de procedencia latinoamericana denominado LATIN KINGS, ostentando algunos de ellos su condición de "reyes" o "kings" -como se ha indicado precedentemente al reseñar su apodo o "chapa", y otros la de meros aspirantes a "rey", sin que conste, respecto de. los primeros, que detentasen una posición preeminente de jefatura o que decidieran las acciones a ejecutar en el seno de los subgrupos locales del indicado colectivo.

*LATIN KINGS fue fundada en 1940 en Chicago (EUA), cohesionando en la década de los sesenta o setenta cohesionó en Nueva York en lo que se conocía como la "ALMIGHTY LATIN KINGS AND QUEENS NATION" (ALFON). En España la organización fue fundada el 14 de febrero de 2000, bajo la denominación de "SAGRADA TRIBU AMERICA SPAIN" (STAS) dividiendo el territorio estatal español en "Reinos" y estos*

a su vez en "Capítulos". Cataluña constituye el llamado "Reino Hispano", comunidad en que hay asentados multitud de "Capítulos".

La estructura de los LATIN KINGS era de carácter piramidal, jerárquica y bajo una severa disciplina basada en un férreo código de silencio respecto de las posiciones de los responsables con la finalidad de salvaguardar la identidad de los rangos superiores. Inculcan el conocimiento y el acatamiento de las normas internas, partiendo de la superación de ritos iniciáticos como soportar golpes y sometiendo a un control de su cumplimiento sancionado con castigos físicos y amenazas, incluso a familiares; asimismo, fomentaban el uso generalizado de la violencia frente a quienes determinan como sus enemigos, e inculcaban el aprendizaje de técnicas de combate. Entre otras obligaciones, se imponía el pago de cuotas y la ejecución de cuantos actos determine la superioridad del "Capítulo" al que se perteneciera, célula territorial dirigida por cinco "Coronas" u "Oficiales" con distintas funciones: el "Inca" o presidente -primer corona-, el "Cacique" o vicepresidente -segundo-, el "Warlord", que planificaba ataques o acciones, facilitaba armas, vigilaba las reuniones y adiestraba a los miembros que deban ejecutarlas -tercer corona-, el "Tesorero" -cuarto- y el "Secretario", "Juez" o "Presidente del Consejo" -quinto corona-. El "Cuerpo" del capítulo estaba integrado por reyes sin posición y por "Fases" o aspirantes a rey, quienes a su vez superaban progresivamente distintas etapas: "asociado", "fase" en observación, en "five live", en "probatoria" y en "probatoria juramentada", pasos previos para la conversión en rey. A su vez, los reyes tenían su propio rango: rey, rey "juramentado", rey "plaqueado", rey "bendecido" y rey "bautizado".

Se reunían periódicamente en "universales" -reuniones anuales presididas por el "Padrino" o por los "Oficiales sagrados"-, en "generales" -encuentros trimestrales de cada reino presididas por el "Inca supremo"-, y en "meetings" o reuniones semanales de cada "Capítulo", de asistencia obligatoria, dirigida por los "Oficiales". En las dos primeras se abordaban temas organizativos, admisión de miembros, elecciones, planificación contra bandas rivales y análisis de la situación en cuanto a presos, o sobre las cuotas, obligadas para subvenir a gastos de defensa letrada o, para ayuda a las familias de los presos.

Como signos identificativos -cada vez más ocultos para eludir la acción policial-, destacaba la vestimenta, por lo general ancha tipo "rap", predominantemente negra, amarilla (o dorada) y roja. Los símbolos y tatuajes al uso eran coronas de cinco puntas, leones, estrellas de cinco puntas o raperos. El saludo distintivo del LATIN KING se hacía con la mano derecha, con los dedos pulgar, índice y meñique extendidos, y el corazón y anular flexionados, simulando una corona.

La disidencia, la desobediencia, el desconocimiento de las reglas, el impago de cuotas, la falta de arrojo en los ataques a grupos rivales, (caídas) o la deserción eran objeto de represalia en forma de castigos físicos o amenazas al miembro o a su entorno familiar, y podían culminar en agresiones lesivas omortales.

Las actividades ilícitas más frecuentes, además de las ejercitadas internamente para con los integrantes, eran los ataques a grupos rivales ("caídas"), en que un grupo numeroso de miembros de la banda, pertrechado con bates, cuchillos, machetes, navajas, armas de fuego -cuya posesión siempre deviene ilícita- y demás objetos contundentes, habiéndose previamente concertado para ello y distribuido las tareas a desempeñar, fijados con antelación el lugar, fecha, hora y objetivos concretos, atacaban sorpresivamente con la intención de causar la muerte o de herir gravemente a los integrantes de otros grupos considerados como enemigos -habitualmente contra miembros de los "Ñetas", "Vatos Locos", "Trinitarios", "Dominican Don't Play", "Mara Salvatrucha", "Black Panthers", "901 Black Etnia" o "Forty Two"-, bien como represalia por ataques precedentes o bien con el fin de lograr dominio territorial, al perseguir como meta establecerse en distintos espacios públicos (plazas, parques o instalaciones deportivas), controlar su acceso y las actividades a desarrollar en ellos, y con ello, acrecer el poder del "Capítulo" y, por ende, de los LATIN KINGS.

En Barcelona se produjo en el año 2006 una escisión de un grupúsculo de los LATIN KINGS, liderado por Ildelfonso Lorenzo ("Millonario") y por Rafaela Bibiana ("Gatita"), quienes bajo la apariencia de promover intereses socioculturales y musicales la inscribieron como asociación cultural en el Registro de Asociaciones del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. No obstante la existencia de esa facción minoritaria, el colectivo prosiguió con sus actividades ilícitas, siendo tolerada tal facción por el "Padrino", por los "Sagrados" y por los "Supremos" de los LATIN KINGS ya que permitiría disimular el verdadero ideario y actividades habituales del grupo, siendo conocida dicha facción como "Almighty Latin King Nation" (ALKN).

En la provincia de Barcelona existen, cuando menos, los siguientes



"Capítulos" de la ALKN de los LATIN KINGS: Ave Fénix (Trinitat), Parc de l'Amistat, Sant Ildefons, Imperio Sants, Monumental, Vallcarca, Sagrada Familia, Hospital de Sant Pau, Sant Martí, Clot, Badalona, Sant Feliu, Hospitalet, Rubí, Sant Cugat, Terrassa, Santa Coloma, Cerdanyola y Gavá.

Arsenio Bienvenido (" Bicho "), pertenecía al capítulo de Parc de l'Amistat, Ildefonso Octavio (" Gotico ") y Paulino Oscar (" Mantecas ") al capítulo de Rubí, Emiliano Genaro y Raul Nicanor (" Cebollero ") al capítulo de Badalona, Olegario Rosendo, Aquilino Urbano (" Limpiabotas ") y Severino Urbano al capítulo de San Feliu de Llobregat. Los reseñados pertenecen a la facción más violenta de dicha asociación: ALKN.

No se ha probado que a los acusados Rafael Inocencio, Hipolito Evelio, Jacinto Torcuato, Oscar Hermenegildo, Secundino Marino y Bartolome Victorino hayan pertenecido nunca a Latin Kings. Asimismo, consta probado que a fecha 10 de diciembre de 2009 Bernardino Victoriano, también conocido como " Pelosblancos o Canicas ", aún perteneciera a Latin Kings, ni, por ende, que fuera miembro que participara en actividades de la misma, sin que tampoco conste suficientemente probado las fechas en que fue miembro activo de ésta y si se produjo el abandono absoluto de su vinculación con reseñada asociación.

Segundo.- Sobre las 22:30 horas del 15 de mayo de 2009, en la Plaza Francesc Layret de Barcelona, un grupo de supuestos integrantes de la banda TRINITARIOS agredió a miembros de los LATIN KINGS. Dicha agresión motivó el sumario 4/09 del Juzgado de Instrucción núm. 18 de Barcelona seguido por tentativa de asesinato y que finalizó por sentencia absolutoria dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 20 de julio de 2010 -Rollo de Sumario 5/2010- y en cuyas diligencias policiales los que fueron en su día víctimas identificaron, entre otros supuestos agresores, a un tal "Carlitos" como uno de TRINITARIOS que habría participado en el ataque.

Cuando menos en revancha por tal agresión, los acusados Ildefonso Octavio (" Gotico ") y Paulino Oscar (" Mantecas "), Emiliano Genaro y Raul Nicanor (" Cebollero "), Olegario Rosendo, Aquilino Urbano (" Limpiabotas ") y Severino Urbano, integrantes de los LATIN KINGS que habían recibido las instrucciones de sus respectivos "Oficiales" de los distintos "Capítulos" a los que pertenecen, en compañía de otras personas no identificadas -y entre los que había cuatro menores de edad que han sido objeto del Expediente de Menores 546/2009 seguido ante el Juzgado de Menores núm. 1 de Barcelona y en el que se dictó sentencia de fecha 3 de abril de 2012, condenándolos por dos delitos de asesinato en grado de tentativa, un delito de asociación ilícita y dos delitos de robo con violencia e intimidación con instrumentos peligrosos, y confirmada por sentencia 631/2012, de 16 de julio de 2012, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona -; se concertaron para encontrarse sobre las 22:15 horas del día 10 de diciembre de 2009 en las proximidades de la estación de metro Guinardó de Barcelona, ataviados con gorras deportivas, sudaderas con capucha, pasamontañas o bufandas, tras convenir los procesados en el indicado punto de encuentro las tareas a desarrollar cada uno de ellos en el ataque que organizaban con la intención de causar la muerte de los que consideraban sus enemigos -los TRINITARIOS-, sobre las 22:30 accedieron al metro Guinardó y se desplazaron mediante la línea 4 de dicho transporte hasta la estación Vía Júlia de Barcelona, se calaron las prendas antes indicadas sobre la cabeza y cara para dificultar su posible identificación, y sobre las 22:45 horas se dirigieron a la plaza de Joan Riera, sita en la intersección de las calles Alonso Cano y Almagro de Barcelona - popularmente conocida como "Placa de los Rajoles"-, sumándose en el ínterin Arsenio Bienvenido (" Bicho "), dado que el mismo pertenecía al Capítulo del Parque de la Amistat, correspondiente al territorio al que pertenecía la precitada Plaza Joan Riera.

Llegados los acusados Arsenio Bienvenido (" Bicho "), Ildefonso Octavio (" Gotico "), y Paulino Oscar (" Mantecas ") a los alrededores de la precitada Plaza, se integraron en un grupo formado al efecto por LATIN KINGS de diferentes Capítulos y pertrechados todos al efecto de bates de beisbol, de cuchillos de grandes dimensiones, de navajas, de machetes, de llaves de rueda y de otros efectos contundentes y al grito "a por ellos", "ahora" "amor de rey" y otras consignas parecidas relacionadas con Latin Kings; mientras la mayoría de los acusados ejercía de masa de acoso, (estando la misma compuesta por una cantidad no probada con exactitud de personas, pero en cualquier caso entre 30 y 50 atacantes)- conforme habían convenido;- aprovechando tanto la superioridad numérica que previeron de propósito como la rapidez en la ejecución de la "caída", para evitar la eventual ayuda de otros que acudieran en defensa, de los que iban a ser sus víctimas y para procurar que no pudieran huir del inminente y sorpresivo ataque Arsenio Bienvenido (" Bicho "), se abalanzó sobre Eusebio Claudio al objeto de apuñalarlo sumándosele rápidamente al mismo efecto otros individuos más de los que componían la citada masa. Los acusados Ildefonso Octavio (" Gotico "), y Paulino Oscar (" Mantecas "), formaban parte de dicha masa de acoso portando ambos un bate de béisbol; portando el resto de sus componentes, entre otros instrumentos punzantes y contundentes, un cuchillo de catorce

centímetros de hoja que sirvió para apuñalar a los Sres. Apolonio Pedro y Eusebio Claudio , siendo su hoja hallada en los aledaños de dicha Plaza. Con el súbito abalanzamiento del grupo atacante sobre Apolonio Pedro y sobre Eusebio Claudio que estaban tranquilos y desarmados en la misma, se impidió la huida de éstos, propinándoles los atacantes en breve espacio de tiempo multitud de golpes y les acuchillándoles (sic) en las zonas, anatómicas vitales y el número de veces que se dirán con la intención de acabar con sus vidas.

Asimismo, un individuo no identificado pero perteneciente a la masa deacoso, se apoderó de una mochila "Reebok" con material escolar, propiedad de Placido Dario -quien también se hallaba en la "Plaza de les Rajoles" y logró escapar de la agresión dejando en el lugar. la reseñada mochila-, siendo valorados, los efectos valorados pericialmente en 80 euros y siendo vista fotográficamente la reseñada mochila en posesión de persona que identificada como el procesado rebelde Jeronimo Imanol . También un individuo no identificado perteneciente al grupo de agresores, se apoderó de unas zapatillas marca Xdye y de una cartera billetero que dejó y cayó en la huida, propiedad de Amadeo Norberto -quien también se hallaba en la indicada plaza y que también logró huir-, efectos valorados pericialmente en 60euros.

Apolonio Pedro , de 19 años, de edad a la fecha de los hechos, a consecuencia de los golpes y cuchilladas recibidos en la agresión, sufrió once heridas, de las que cuatro fueron en región abdominal; .dos en región torácica y el resto en distintas localizaciones de cabeza, espalda y extremidades (cara anterior del brazo derecho, dorso del quinto metacarpiano de la mano derecha, dorso de muñeca izquierda, cara externa del muslo derecho, cara anterior de la rodilla derecha, tercio proximal de región pretibial derecha y cara anterior de rótula izquierda). Dos de las heridas abdominales, una en zona lumbar izquierda y otra en lumbar derecha, penetraban la cavidad abdominal, presentando hemoperitoneo y lesión renal izquierda. Para su sanación precisó de tratamiento médico consistente en suturas varias en extremidades y perióstica de la rótula izquierda con férula de yeso, e intervención quirúrgica laparotómica con hemostasia y sutura; el tiempo de curación o estabilización lesional fue de 30 días, todos ellos impeditivos para sus tareas habituales, de los que 7 fueron de estancia hospitalaria. Como secuelas, presenta cicatriz de 1 cm. en tercio proximal del brazo derecho y cicatriz de 2 cm. en muñeca del mismo brazo, cicatriz de 1 cm. en dorso del 5 metacarpiano derecho, cicatriz de 4 cm. en lado cubital de antebrazo izquierdo, cicatriz de 1'5 cm. en tercio superior de muslo derecho, dos cicatrices de 5 y 3. cm. en rodilla derecha, y cicatriz de 1'5 cm. en tercio superior de la piernaderecha, cicatriz de 7 cm. en rodilla izquierda, tres cicatrices de 1, 1'5 y 1 cm. en axila derecha y tercio superior del tórax, tres cicatrices de 1, 2 y 1 cm. de diámetro en lado izquierdo torácico-abdominal, dos cicatrices de 1 cm. en zona paravertebral izquierda, y una cicatriz de 1 cm. en cuero cabelludo de la zona occipital derecha. Dichas heridas afectaron a órganos vitales (hígado y riñón) y habrían causado la muerte de no haberse producido una adecuada asistencia médica urgente.

Eusebio Claudio , de dieciocho años a la fecha, sufrió dos heridas penetrantes dorsales en hemitórax izquierdo que causaron hemotórax izquierdo con laceración pulmonar, una herida en antebrazo izquierdo, herida cortante en pabellón auricular derecho desde cuero cabelludo hasta maxilar derecho, herida cervical lateral izquierda y herida punzante en glúteo izquierdo. Para su sanación precisó, además de multitud de sutura, de tratamiento quirúrgico consistente en toracocentesis y drenaje pleural con transfusiones, hemáticas, analgesia, antibioterapia y fisioterapia respiratoria; el tiempo de curación o estabilización fue de 30 días, impeditivos todos ellos para sus actividades habituales, de los que 6 fueron con estancia hospitalaria. Como secuelas presenta cicatriz en hemicara derecha de 9 cm desde zona auricular a malar, cicatriz de 2'5 cm. en zona mandibular izquierda, cicatriz de 2 cm. en cara dorsal de antebrazo derecho, cicatriz de 3 cm. en región lateral izquierda del cuello, dos cicatrices de 2 y 4 cm. en hombro izquierdo, dos cicatrices de 2 cm. Y 1 cm. en espalda, dos cicatrices de 1 cm. en supraglúteo izquierdo y en zona paravertebral dorsal, así como estrés postraumático y parálisis. Las mencionadas lesiones afectaron a órganos vitales y habrían sido mortales de no haberse producido una asistencia médica urgente.

Tercero.- No ha quedado probado que los acusados Bernardino Victoriano , Rafael Inocencio , Olegario Rosendo , Aquilino Urbano , Severino Urbano , Emiliano Genaro , Raul Nicanor , Hipolito Evelio , Jacinto Torcuato y Oscar Hermenegildo , Secundino Marino y Bartolome Victorino tras salir de la boca de metro de Vía Julia, se incorporaran a la susodicha masa de acoso ni, por ende, participarán en la precitada agresión en grupo cometida en la Plaza Joan Riera".

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

Que debemos condenar y condenamos Arsenio Bienvenido , Ildefonso Octavio y Paulino Oscar como responsables en concepto de autor de un delito de asesinato en grado de tentativa, previamente definido, respecto a la persona de Apolonio Pedro , a la pena de siete años y seis meses de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debemos condenar y condenamos Arsenio Bienvenido , Ildefonso Octavio y Paulino Oscar como responsables en concepto de autor de un delito de asesinato en grado de tentativa, previamente definido, respecto a la persona de Eusebio Claudio , a la pena de siete años y seis meses de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

*Se impone como inherentes a los dos delitos contra la vida objeto de condena, de conformidad a lo previsto en los arts. 57.1 , 48.1 y 2 del Código Penal , se le impone a cada uno de los acusados Arsenio Bienvenido , Ildefonso Octavio y Paulino Oscar , con una duración de diez años cada una de ellas, las siguientes penas privativas de derechos:*

*-La privación del derecho a residir o a acudir a cualquier lugar sito en el distrito de Nou Barris de Barcelona y,*

*-La prohibición de aproximarse a menos de 1000 metros o comunicar por cualquier medio con Apolonio Pedro , Eusebio Claudio .*

*Requíraseles a los condenados para su cumplimiento y adviértaseles de las consecuencias jurídico penales de la contravención de las penas privativas de derechos impuestas.*

*En concepto de responsabilidad civil Arsenio Bienvenido , Ildefonso Octavio y Paulino Oscar a indemnizar conjunta y solidariamente las siguientes cantidades:*

*c) A Apolonio Pedro , la cantidad de 10.570 euros, por los daños personales y secuelas ocasionados.*

*d) A Eusebio Claudio , la cantidad de 31.560 euros, por los daños personales y secuelas ocasionados:*

*A dichas cantidades se les adicionará interés legal previsto en el art.576 de la L.E.C .*

*Se les condena al pago de las costas procesales correspondientes a dichos delitos con inclusión de las devengadas por la acusación particular.*

*Que debemos absolver y absolvemos a Bernardino Victoriano , Rafael Inocencio , Olegario Rosendo , Aquilino Urbano , Severino Urbano , Emiliano Genaro , Raul Nicanor , Hipolito Evelio , Jacinto Torcuato y Oscar Hermenegildo , Secundino Marino y Bartolome Victorino de los dos delitos de asesinato en grado de tentativa, ya definidos, de los que venían siendo acusados, con declaración de las costas de oficio.*

*Que debemos condenar y condenamos a Arsenio Bienvenido , Ildefonso Octavio , Paulino Oscar , Olegario Rosendo , Aquilino Urbano , Severino Urbano , Emiliano Genaro y Raul Nicanor como autores de un delito de asociación ilícita, previamente definido, a cada uno de ellos, a la pena de un año de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de doce meses con una cuotadiaria de seis euros con la responsabilidad personal subsidiaria por impagoprevista en el art. 53 del Código Penal condenándoles al pago de las costas causadas, con inclusión de las devengadas por la acusación particular.*

*Que debemos absolver y absolvemos a Bernardino Victoriano , Rafael Inocencio , Hipolito Evelio , Jacinto Torcuato , Oscar Hermenegildo , Secundino Marino y Bartolome Victorino , del delito de asociación ilícita del que venían siendo acusados, declarando las costas causadas de oficio.*

*Que debemos absolver y absolvemos a Arsenio Bienvenido , Ildefonso Octavio , Paulino Oscar , Olegario Rosendo , Aquilino Urbano , Severino Urbano , Emiliano Genaro , Raul Nicanor , Bernardino Victoriano , Rafael Inocencio , Hipolito Evelio , Jacinto Torcuato , Oscar Hermenegildo , Secundino Marino y Bartolome Victorino , de los dos delitos de robo con violencia e intimidación con uso de instrumento peligroso de los que venían siendo acusados, con declaración de las costas de oficio.*

*Dese a los instrumentos del delito el destino legal, conforme a lo previsto en el art. 127 Código Penal .*

*Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación-por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días contados desde el siguiente a partir de la última de las notificaciones, que se deberá preparar ante la presente Sección para su sustanciación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo".*

**3.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por Olegario Rosendo , Arsenio Bienvenido , Ildefonso Octavio , Raul Nicanor , Paulino Oscar , Severino Urbano y Emiliano Genaro que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.



#### 4.- Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Arsenio Bienvenido : PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional de los art. 852 LECr y 5.4 de la LOPJ , en relación con el art. 24.2 de la C.E ., ya que se ha producido una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. SEGUNDO.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECr ., por haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal, dados los hechos declarados probados, al aplicarse indebidamente los art. 515 y 517 del C.P . y, en consecuencia, condenar al recurrente como autor de un delito de pertenencia a asociación ilícita. TERCERO.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECr , por haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal, dados los hechos declarados probados, al aplicarse indebidamente la atenuante simple de dilaciones indebidas del art. 21.6 del C.P ., y no como muy cualificada.

B) Paulino Oscar : PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECr, por aplicación indebida de los arts . 139.1 , 16 t 62 y 515.1º y 517.2º del Código Penal , sobre delito de asesinato en grado de tentativa y delito de asociación ilícita. SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECr , error en la apreciación de la prueba. TERCERO.- Por quebrantamiento de forma del art. 850 de la LECr , por denegación de prueba admitida. CUARTO.- Por infracción del art. 851.1 de la LECr . QUINTO.- Por infracción del art. 851.3 de la LECr , por cuanto no se resuelve en la sentencia sobre todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa. SEXTO.- Al amparo del art. 852 de la LECr , por infracción de precepto constitucional conforme a lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ por violación del principio constitucional de presunción de inocencia. SÉPTIMO (nombrado como quinto).- Por infracción del art. 852 de la LECr , conforme a lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ infracción del principio constitucional que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado art. 9.3 de la CE . C) Ildfonso Octavio : PRIMERO.- Al amparo del art. 852 de la LECr , y art. 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional concretamente el art. 24.2 de la Constitución Española , derecho a la presunción de inocencia. SEGUNDO.- Al amparo del art. 852 de la LECr y art. 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, concretamente el art. 24.2 de la Constitución Española , derecho a la presunción de inocencia. TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECr denunciamos infracción de ley por aplicación indebida del art. 139.1 del Código Penal por resultar de aplicación a los hechos probados el delito de lesiones de los arts. 147 y 148 del Código Penal .

D) Olegario Rosendo : ÚNICO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de punto 4º del art. 5 de la LOPJ y el art. 852 de la LECr , en relación a la presunción de inocencia garantizada del art. 24 de la CE .

E) Raul Nicanor : PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del punto 4º del art. 5 de la LOPJ . SEGUNDO.- Por infracción de ley. Por interpretación errónea de los arts. 515.1 y 517 del Código Penal . TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849 de la Ley Procesal , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos.

F) Severino Urbano : PRIMERO y ÚNICO (nombrado como segundo).- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la LECr error en la apreciación de la prueba.

G) Emiliano Genaro : PRIMERO.- Al amparo del art. 849 nº 1 de la LECr , en relación con el art. 5.4 de la LOPJ de 1 de julio 1985, por entender que infringe el principio de presunción de inocencia del art. 24 nº 2 de la Constitución , en relación con el art. 53 del texto Constitucional.

5.- Instruidas las partes las representaciones de Arsenio Bienvenido , Severino Urbano y Olegario Rosendo presentaron escritos en los que se adhieren a los recursos presentados por los demás recurrentes en todo aquello que pueda beneficiarles; el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 18 de octubre de 2016 finalizado el 28 de octubre.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR** . La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona condenó, en sentencia dictada el 28 de enero de 2015 , a Arsenio Bienvenido , Ildfonso Octavio y Paulino Oscar como responsables en concepto de autores de un delito de asesinato en grado de tentativa respecto a la persona de Apolonio Pedro , a la pena de siete años y seis meses de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

También condenó a los mismos acusados como responsables en concepto de autores de un segundo delito de asesinato en grado de tentativa, previamente definido, respecto a la persona de Eusebio Claudio , a la pena de siete años y seis meses de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Como penas inherentes se impusieron por los dos delitos contra la vida objeto de condena, de conformidad a lo previsto en los arts. 57.1 , 48.1 y 2 del Código Penal , a cada uno de los acusados Arsenio Bienvenido , Ildfonso Octavio y Paulino Oscar , con una duración de diez años cada una de ellas, las siguientes penas privativas de derechos: la privación del derecho a residir o a acudir a cualquier lugar sito en el distrito de Nou Barris de Barcelona; y la prohibición de aproximarse a menos de 1000 metros o comunicar por cualquier medio con Apolonio Pedro y Eusebio Claudio .

En concepto de responsabilidad civil Arsenio Bienvenido , Ildfonso Octavio y Paulino Oscar indemnizarán, conjunta y solidariamente, en las siguientes cantidades a: Apolonio Pedro , 10.570 euros por los daños personales y secuelas ocasionados; y Eusebio Claudio , 31.560 euros por los daños personales y secuelas ocasionados, con el interés legal previsto en el art. 576 de la L.E.C . Además se les impondrá el pago de las costas procesales correspondientes a dichos delitos con inclusión de las devengadas por la acusación particular.

De otra parte, fueron absueltos Bernardino Victoriano , Rafael Inocencio , Olegario Rosendo , Aquilino Urbano , Severino Urbano , Emiliano Genaro , Raul Nicanor , Hipolito Evelio , Jacinto Torcuato y Oscar Hermenegildo , Secundino Marino y Bartolome Victorino de los dos delitos de asesinato en grado de tentativa, ya definidos, de los que venían siendo acusados, con declaración de las costas de oficio.

Fueron condenados Arsenio Bienvenido , Ildfonso Octavio , Paulino Oscar , Olegario Rosendo , Aquilino Urbano , Severino Urbano , Emiliano Genaro y Raul Nicanor como autores de un delito de asociación ilícita a cada uno de ellos a la pena de un año de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de doce meses con una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria por impago prevista en el art. 53 del Código Penal , condenándoles al pago de las costas causadas, con inclusión de las devengadas por la acusación particular.

Fueron absueltos Bernardino Victoriano , Rafael Inocencio , Hipolito Evelio , Jacinto Torcuato , Oscar Hermenegildo , Secundino Marino y Bartolome Victorino , del delito de asociación ilícita del que venían siendo acusados, declarando de oficio las costas causadas.

Y también fueron absueltos Arsenio Bienvenido , Ildfonso Octavio , Paulino Oscar , Olegario Rosendo , Aquilino Urbano , Severino Urbano , Emiliano Genaro , Raul Nicanor , Bernardino Victoriano , Rafael Inocencio , Hipolito Evelio , Jacinto Torcuato , Oscar Hermenegildo , Secundino Marino y Bartolome Victorino , de los dos delitos de robo con violencia e intimidación con uso de instrumento peligroso de los que venían siendo acusados, con declaración de las costas de oficio.

Contra la referida condena recurrieron en casación las defensas de los siguientes acusados: Arsenio Bienvenido , Paulino Oscar , Ildfonso Octavio , Olegario Rosendo , Raul Nicanor , Severino Urbano y Emiliano Genaro .

#### A) Recurso de Arsenio Bienvenido

**PRIMERO** . En el *primer motivo* del recurso denuncia, por el cauce procesal de los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** por considerar que no concurre prueba de cargo enervadora de la presunción constitucional ( art. 24 CE ).

Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ( SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 , 111/2008 y 25/2011 , entre otras).

En la fundamentación de la sentencia impugnada, en contra de lo que alega el recurrente, se recoge una prueba de cargo sin duda suficiente para desvirtuar la inocencia del acusado. Y así, el Tribunal contó con la declaración del testigo protegido NUM001 , argumentando en el fundamento tercero, apartado 1º,



de la sentencia que el testigo manifestó conocerlo anteriormente del barrio y que pudo ver cómo Arsenio Bienvenido estaba encima de Eusebio Claudio . El declarante intentó ayudarlo pero no pudo pues estaban tirándoles piedras; el acusado, a quien conocía de antes, también le puso previamente al testigo el cuchillo en la espalda. El testigo añadió que lo reconoció fotográficamente y en rueda judicial. Matizó que lo identificó por una cicatriz que tenía en la nariz, "ya que se le había bajado la braga que llevaba en la cara". También dijo que vio cómo apuñalaban a Apolonio Pedro y a Eusebio Claudio , hallándose ambos apuñalados a una distancia de cuatro o cinco metros (folio 19 de la sentencia).

La Audiencia precisó que el reconocimiento efectuado lo considera fidedigno, en atención a las condiciones en que se realiza, con la cara descubierta y con el previo conocimiento del acusado, mostrando seguridad el testigo en la identificación. Y subraya que el testigo NUM001 ha mantenido la participación del acusado Arsenio Bienvenido desde su primera declaración (folios 875 y 876), en la que lo identificó por su nombre y especificó que le apodan " Bicho ", efectuando el correspondiente reconocimiento fotográfico (folios 877 y 878) y posteriormente en rueda de identificación ante el Juzgado instructor (folio 1379), en la que el testigo lo reconoce con seguridad, manteniendo en lo sustancial la rememoración fáctica de hechos efectuada.

A esos datos incriminatorios le suma como complemento la sentencia la correspondiente ficha de imputación policial obrante en los folios 1919 a 1937. Señala también que el posicionamiento mediante antena BTS le ubica en una zona próxima a la plaza en la que se produjo la agresión en grupo, constatándose una gran actividad de llamadas en los momentos previos a la comisión de los intentos de asesinato y cesando durante ese momento. Y destaca también la Audiencia que el testigo protegido NUM002 lo identifica como un miembro de los Latin Kings perteneciente al Capítulo del Parque de la Amistad, correspondiente al del lugar de los hechos, circunstancia que explicaría la falta de su imagen en el trayecto de metro de Guinardó a Vía Julia.

Por su parte, el acusado admitió su pertenencia a la facción ALKN de los Latin Kings y la inscripción de un tatuaje en su espalda que representa un león con la leyenda "amor de rey". Pero precisa que abandonó la banda el NUM003 de 2007, recordando la fecha por haber nacido ese día su hijo. Esta precisión no la asume la Sala de instancia, pues considera sobradamente acreditada su participación activa en la masa de acoso de autos, sin que sea creíble la ajenidad a los mismos mantenida en su declaración y por ello debe reputarse autor de los delitos de asesinato intentado objeto de acusación.

Visto lo que antecede, es claro que concurre en el caso prueba de cargo sólida y plural, que permite enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado.

En virtud de lo expuesto, el motivo no puede atenderse.

**SEGUNDO. 1.** En el **segundo motivo** , formulado al amparo del art. 849.1º de la LECr ., alega la infracción de los arts. 515.1 º y 517.2º del C. Penal por haber sido condenado el recurrente como autor de un delito de **asociación ilícita** .

La lectura del recurso permite, sin embargo, apreciar que el acusado no niega realmente la subsunción de los hechos en el tipo penal de la asociación ilícita, sino que lo que cuestiona realmente es la acreditación probatoria de los hechos que se declaran probados referentes a ese delito.

En efecto, los criterios que marca la jurisprudencia para apreciar que concurre una asociación ilícita de las previstas en el art. 515.1º del C. Penal , esto es, las que tienen por objeto cometer algún delito u otras infracciones penales son los siguientes ( SSTS 1/1997, de 28-10 ; 234/2001, de 23-5 ; 421/2003, de 10-4 ; 415/2005, de 23-3 ; 2006, de 23-10; 50/2007, de 19-1 ; 480/2009, de 22-5 ; y 326/2010, de 13-4 ):

La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:

- a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad;
- b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista;
- c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio;
- d) el fin de la asociación -en el caso del art. 515.1 inciso primero- ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

El delito de asociación no se consuma cuando en ese desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva.

No cabe pues confundir el delito de asociación ilícita para delinquir, con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codelincuencia o coparticipación en los delitos de posterior comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para el delito, pues si en ella, como en la asociación, existe un acuerdo previo para delinquir, la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación para delinquir en la que existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar.

En el delito de asociación ilícita del art. 515.1.1º -asociación para delinquir- el bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o, según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

2. En la sentencia de esta Sala **1057/2013, de 12 de diciembre**, se afirma que las modificaciones operadas en el Código Penal a través de la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, han hecho que actualmente este art. 515 CP actúe como tipo residual respecto de las más específicas figuras de la organización criminal y del grupo criminal a que se refieren los arts. 570 bis, ter y quáter del Código Penal. Sobre estos últimos, expresa la STS núm. 544/2012, de 2 de julio: "La introducción en el Código Penal de los nuevos artículos que se diseñan en el Capítulo VI del Título XXII del Libro II del Código Penal, mediante la reforma operada mediante LO 5/2010, denominado tal Capítulo como "De las organizaciones y grupos criminales" (arts. 570 bis al 570 quáter), ha de llevarnos a una reinterpretación de los parámetros del art. 515 de tal Código, que dentro del capítulo de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, incrimina como punibles las asociaciones ilícitas en las que, a salvo las organizaciones y grupos terroristas, que han quedado reubicadas en el art. 571 del Código Penal, permanecen en su diseño cuatro tipos de asociaciones ilícitas, en donde ha de primar su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por tal delito, que no es otro que la conculcación del derecho de asociación, cristalizando la criminalidad en el empleo de medios violentos o en la perversión de la personalidad de los componentes, aunque tales asociaciones tuvieran fines lícitos, o bien en las organizaciones de carácter paramilitar, o las que se promuevan para atentar contra valores constitucionales, a las que ha de añadirse la primera, que permanece, objeto de nuestra atención, y que se corresponde con la asociación que tenga por finalidad la comisión de algún delito o, que después de constituida, promueva su comisión, junto a las que pretenden la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada".

La inclusión de este precepto dentro de los delitos contra el ejercicio de determinados derechos constitucionales produjo una restricción de su ámbito en reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, ya que se exigía una estructura, duración o permanencia, coordinación de funciones, reparto de roles, finalidades, jerarquía, etc, que se diferenciaban en gran medida de otras situaciones delictivas, que se juzgaban más propiamente en el ámbito del consorcio delictivo (...). Pero ha de comprobarse también que tanto en la definición de las organizaciones criminales, el nuevo artículo 570 bis, como en la de los grupos criminales, que se contemplan en el artículo 570 ter, siempre se pluraliza la finalidad delictiva, en el sentido de que tales grupos u organizaciones están dirigidas a la comisión de varios delitos ("... a fin de cometer delitos..."), así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

De ello ha de concluirse que no puede conceptuarse en una organización criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, lo que ha de valorarse en función de la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter confirma esta determinación del legislador, en donde ya define tales organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno. Ahora bien, la exclusión propugnada por el art. 22.2 de nuestra Carta Magna hace necesario el mantenimiento del tipo penal previsto en el art. 515.1º del Código Penal, si bien su interpretación ha de verse reconducida a su ámbito propio, es decir, como contrapartida al derecho de asociación, por lo que las características del mismo condicionan la aplicación de dicho tipo penal, exigiéndose pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia, en concordancia con el propio concepto constitucional de asociación".

3. Los hechos que se juzgan ahora son **anteriores a la reforma de 2010** en tanto que acontecidos el 10 de diciembre de 2009, razón por la que habremos de centrarnos, como señala la sentencia 1057/2013, en la vocación generalista atribuida entonces al art. 515.1º CP y en su desarrollo jurisprudencial. Al efecto,

ya se señaló en la STS núm. 421/2003, de 10 de abril, que el bien jurídico protegido por este precepto lo constituye el ejercicio del derecho constitucional de asociación, comportando los supuestos tipificados claras extralimitaciones al ejercicio constitucional del mismo. Serán distintos el bien jurídico protegido por el tipo de asociación ilícita y aquél que se protege a través de la posterior acción delictiva que se cometa, de forma que el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia basada en un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho de que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva.

En esa misma sentencia 1057/2013 se destacan como **rasgoestructurales del grupo de los Latin Kings** los siguientes: 1) se organizan bajo un sistema jerárquico de sustrato piramidal, con un organigrama bien definido;

2) en su ideario necesariamente incluyen una vocación de territorialidad, dentro del espacio físico en el que se mueven y desarrollan sus actividades o forma de vida, recibiendo su división celular diferentes nombres en función de la "tribu" ante la que nos encontremos, así como del tamaño de la célula dentro de la estructura agrupacional (reinos, capítulos o «chapters», coros...); 3) cuentan con su particular «literatura» o libro de normas, que define bajo perfiles muy nítidos su credo y el conjunto de reglas por las que habrán de regirse, asumidas por sus componentes como un ritual de obligado respeto y acatamiento; en ocasiones, definen ceremoniales, oraciones y festividades propias, así como sistemas de comunicación mediante códigos encriptados, más o menos complejos, habitualmente alfanuméricos; 4) el control de la estructura interna se mantiene a través del acatamiento no sólo de las señaladas reglas generales del grupo, sino muy especialmente de una férrea disciplina, basada en la obediencia y el respeto hacia los superiores en el orden jerárquico, lo que, dado el caso, se traduce en el acatamiento de las órdenes desde ellos recibidas, sean o no delictivas por sí mismas; 5) elemento esencial para la subsistencia de estos grupos es que los miembros no sólo rindan esa sumisión reverencial a los superiores en el orden jerárquico, sino también que realicen aportaciones económicas, que suelen tener carácter periódico (semanal, mensual...), estando dirigido dicho canon a sufragar la organización de eventos y reuniones, a ayudar a otros componentes del grupo que se encuentren con problemas financieros o judiciales, etc.; 6) la incorporación al grupo, habitualmente a una temprana edad, viene asimismo marcada por su propio ritual: es usual que los aspirantes tengan que superar una suerte de pruebas iniciáticas, que bien pueden consistir en soportar castigos físicos o bien mostrar su valor mediante la ejecución de acciones por sí mismas delictivas, habitualmente atracos y agresiones físicas a ciudadanos de a pie, o bien a miembros de otros grupos que se consideran rivales (no así con las "tribus" con las que exista un pacto de no agresión o «primage»). La superación de estas duras pruebas convierte al aspirante en miembro de su «familia», a la que pertenecerá a todos los efectos y de la que difícilmente podrá desgajarse o desprenderse en un futuro.

Pues bien, todos esos caracteres se cumplimentan en el presente caso, para lo cual es suficiente con repasar el *factum* de la sentencia recurrida, en el que se describen toda la estructura y caracteres de la asociación de los Latin Kings en la zona de Cataluña.

4. Un segundo problema es si los acusados han de ser condenados por el apartado 1º del art. 517 del C. Penal, es decir, en la condición de fundadores, directores o presidentes de la organización Latin King, o sólo por el apartado 2º del mismo precepto, esto es, como meros *miembros activos*. El recurrente y los otros acusados han sido condenados no como directivos sino como miembros activos de la asociación ilícita, por lo que no se generan problemas en orden a la exclusión de la hipótesis más grave de actuar como directivo de la asociación, ni tampoco se plantea esa cuestión en el recurso. Pues lo que realmente impugna la parte es la mera pertenencia a la asociación ilícita Latin Kings, cuestión fáctica que ya ha sido resuelta en el fundamento precedente.

En efecto, el propio acusado ha admitido su pertenencia a la asociación en los años precedentes a los hechos delictivos, en concreto hasta el año 2007, y como en la fecha de la acción homicida, a tenor de los hechos declarados probados, sigue actuando como miembro activo de la asociación, deviene incontestable que sí estamos ante un sujeto que perteneció a los Latin Kings y sigue perteneciendo como miembro activo.

En consecuencia, el motivo se desestima.

**TERCERO**. En el **motivo tercero** reivindica, por el cauce procesal del art. 849.1º de la LECr., la aplicación de la atenuante de **dilaciones indebidas como muy cualificada**, alegando que han sido aplicados indebidamente los arts. 21.6ª y 66.1.2ª del C. Penal, por haberle apreciado sólo la atenuante simple de dilaciones indebidas.



El examen de las circunstancias particulares del caso permiten hablar de una dilación del proceso extraordinaria, pero nunca como especialmente extraordinaria o superextraordinaria, que es la condición que ha de tener para poder apreciar la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a tenor de la redacción que le ha dado el legislador en el nuevo art. 21.6ª del C. Penal . Pues si para apreciar la atenuante genérica o simple se requiere una dilación indebida y extraordinaria en su extensión temporal, para la muy cualificada siempre se requerirá un tiempo superior al extraordinario ( STS 370/2016, de 28-4 ).

Para aplicarla con ese carácter esta Sala requiere que concurren retrasos en la tramitación de la causa de una intensidad extraordinaria y especial, esto es, que se trate de supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúen muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente ( SSTS 739/2011, de 14-7 ; y 484/2012, de 12-6 ).

A este respecto, en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003, de 8 de mayo ( 9 años de tramitación); 506/2002, de 21 de marzo ( 9 años); 39/2007, de 15 de enero (10 años); 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008, de 12 de febrero (16 años); 440/2012, de 25 de mayo (diez años ); 805/2012, de 9 octubre (10 años); 37/2013, de 30 de enero (ocho años ); y 360/2014, de 21 de abril (12 años).

Al centrarnos en la causa analizada, se advierte que se trata de un procedimiento penal que se incoó en enero de 2010 y se celebró la vista oral del juicio en el mismo mes del año 2015. Es decir, que tuvo un periodo de tramitación de cinco años, cifra que, a tenor de los baremos jurisprudenciales que se han manejado por esta Sala, no puede dar pie a la aplicación de una atenuante de dilaciones indebidas muy cualificada desde la perspectiva del plazo razonable de un juicio, máxime si se pondera que se trata de un procedimiento en el que figuraban como acusados con diferentes imputaciones nada menos que 15 sujetos, con respecto a delitos que se ejecutan "en masa" (según se afirma en la propia sentencia recurrida), lo que dificulta notablemente la investigación y el enjuiciamiento de la conducta de cada uno de los acusados.

De otra parte, tal como se argumenta en el fundamento quinto de la sentencia impugnada, no constan acreditadas auténticas paralizaciones por un periodo superior a los 18 meses, por lo que, atendiendo a los baremos con que suele operar habitualmente la Audiencia de instancia para apreciar la cualificación de la atenuante, que se asumen en este caso, en modo alguno concurre un supuesto super-extraordinario que posibilite la apreciación de una atenuante como muy cualificada. Y es que, según ya se ha afirmado en otras resoluciones de esta Sala, la generosidad que postula la parte en la apreciación de las dilaciones indebidas llevaría a una desestructuración y alteración del sistema de penas impuesto por los tipos del C. Penal, ya que una cosa es adaptar la pena por una demora excesiva en la tramitación del procedimiento y otra muy distinta desactivar los tipos penales por dilaciones procesales que no resulten verdaderamente super-extraordinarias. En consecuencia, el motivo no puede prosperar, decayendo con él la integridad del recurso, que queda así desestimado, con imposición de las costas procesales a la parte recurrente ( art. 901 LECr ).

#### B) Recurso de Paulino Oscar

**CUARTO** . Razones de orden metodológico y sistemático en el ámbito procesal y también de claridad en la exposición nos llevan a reordenar los motivos del recurso a los efectos de su examen en esta instancia. De modo que se comenzará por los que atañen al quebrantamiento de forma, para proseguir después por los que corresponden al apartado probatorio de la sentencia, y terminar, finalmente, por las cuestiones de derecho penal sustantivo que suscita la parte recurrente.

Comenzamos, pues, por el examen del **motivo cuarto** , en el que se denuncia, con sustento procesal en el **art. 851.1 de la LECr** . , los vicios procesales consistentes en que en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos declarados probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implican predeterminación del fallo.

Pues bien, en el exiguo contenido de la fundamentación del motivo únicamente alega la parte recurrente que el acusado Paulino Oscar no estuvo en ningún momento en la Plaza Joan Riera, donde tuvieron lugar los hechos enjuiciados, por lo que no cabría considerarlo autor de los hechos que se le imputan.

Como puede fácilmente constatarse, la fundamentación del motivo nada tiene que ver con el quebrantamiento de forma que denuncia a su inicio, pues lo que realmente hace la parte es entrar a cuestionar

de forma meramente genérica la existencia de prueba de cargo que sustente la autoría objeto de la condena, materia que será objeto de examen en el motivo sexto del recurso. El motivo no puede por tanto prosperar.

**QUINTO.** Otro tanto debe decirse del **motivo quinto**, pues en él la defensa, con cita procesal del **art. 851.3 de la LECr**, hace referencia a una posible incongruencia omisiva, vicio procesal que después no desarrolla en la argumentación del motivo.

En efecto, sobre la **incongruencia omisiva** viene afirmando esta Sala de forma constante que es atendible en aquellos casos en que el tribunal no se pronuncie sobre el contenido de la pretensión, silenciando aspectos esenciales para la adecuada calificación de los hechos, sin perjuicio de la posibilidad de una desestimación implícita respecto de aquellas cuestiones que no han sido acogidas por el órgano decisorio. Ese deber de atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, se halla íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de precisar que el verdadero ámbito de este motivo de impugnación no es el de la omisión de elementos de hecho, sino el de pretensiones jurídicas, de modo que no puede reconducirse a tal argumento la no constatación o inclusión narrativa de aquellos datos de hecho que las partes quieran ver reflejados en la sentencia, cuya falta habría de integrarse, en su caso, por la vía del art. 849.2 ( SSTS 603/2007, de 25-6 ; 54/2009, de 22-1 ; 248/2010, de 9-3 ; y 754/2012, de 11-10 ).

Contradiendo los criterios jurisprudenciales que se acaban de exponer, la defensa centra su argumentación impugnativa en cuestionar la intervención del recurrente en el acuchillamiento de los dos víctimas, discrepando de que formara parte de la masa de acoso que cooperó en la agresión contra los dos sujetos que resultaron gravemente heridos por arma blanca.

La cuestión suscitada resulta ajena al vicio procesal que se anuncia, por lo que se tratará en un momento posterior cuando se examine la prueba de cargo y la presunta autoría del acusado Paulino Oscar en la ejecución de la acción homicida.

Así las cosas, el motivo resulta inviable.

**SEXTO. 1.** En el **motivo tercero** aduce la defensa el quebrantamiento de forma previsto en el art. 850 de la LECr, consistente en la **denegación de una prueba** que consideró relevante en su escrito de calificación provisional y definitivo: **la identificación del testigo protegido NUM000**, al amparo de lo dispuesto en el art. 4.3 de la LO 19/1994, de 23 de diciembre. La parte considera que ese testigo ha sido determinante para su condena y tuvo sospechas ya con anterioridad a la calificación de que se trataba de una persona perteneciente a algún colectivo o grupo del colectivo de los Trinitarios o incluso de los Latin Kings que esté actuando contra él por motivos de odio, rivalidad o venganza.

La Audiencia dictó un auto el 15 de julio de 2014 en el que, aparte de admitir el resto de las pruebas, acordó que con respecto al levantamiento de la identidad del testigo protegido NUM000 decidiría una vez que hubieran efectuado alegaciones las diferentes partes, sin que conste que después haya decidido nada al respecto. La defensa se quejó en el trámite de informe de que no se le hubiera proporcionado la identidad del testigo NUM000, a pesar de haberla pedido y de que resultaba de suma relevancia su declaración en el conjunto de la prueba de cargo.

**2.** Con respecto a la cuestión de los testigos protegidos y sus diversas modalidades de intervención en el plenario como testigos de cargo contra los acusados, se argumenta por esta Sala en la **sentencia 649/2010, de 18 de junio**, que el tema de los **testigos protegidos** y de la aplicación del régimen especial establecido en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, genera complejas cuestiones en su aplicación práctica, debido a las dificultades que suscita el compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen en riesgo con el derecho de defensa de los imputados, y más en concreto con las garantías procesales que imponen los principios de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba testifical, así como la valoración de la prueba desde la perspectiva de la fiabilidad y credibilidad del testimonio.

Los problemas que emergen en la práctica procesal diaria con las declaraciones de los testigos protegidos se focalizan generalmente en dos puntos principales: el descubrimiento de la identidad del testigo y la forma más o menos opaca o encubierta en que éste presta su declaración en la vista oral del juicio.

En cuanto al primer aspecto (la identificación nominal del testigo protegido), el interés personal del testigo en declarar sin que sea conocida su identidad con el fin de evitar cualquier clase de represalia que pudiera poner en riesgo su vida o integridad física, bienes jurídicos de primera magnitud, tanto de su persona como de sus parientes o allegados, suele entrar en colisión con el derecho de las defensas a cuestionar

la imparcialidad, credibilidad y la fiabilidad del testimonio de cargo, que pudiera fácilmente devaluarse en el caso de que se constatará cualquier clase de hostilidad, enemistad o animadversión entre el testigo y el acusado. Sin olvidar tampoco que también es relevante conocer las razones de conocimiento del testigo y posibles patologías personales que pudieran repercutir en la veracidad y fiabilidad de sus manifestaciones. La contradicción queda, pues, notablemente limitada y con ella el derecho de defensa.

Y en lo que respecta a la forma de deponer en el plenario, también es habitual que el testigo protegido muestre su deseo de no ser visto u observado al menos por los acusados y por el público, y en algunas ocasiones incluso por las defensas de las partes. En estos casos la tutela de sus derechos personales entra en conflicto con la aplicación de los principios de intermediación y de contradicción, pues se priva a las partes procesales y a los acusados de comprobar a través de la visualización directa la convicción, veracidad y firmeza con que declara el testigo y se puede también limitar en alguna medida el grado de la contradicción procesal.

Dentro, pues, de la categoría general de testigos protegidos pueden distinguirse dos subcategorías en orden al nivel de protección: los testigos **anónimos**, de los que ni siquiera se dan a conocer a las partes sus datos personales; y los testigos **ocultos**, que sí son identificados personalmente con nombres y apellidos, pero que deponen en el plenario con distintos grados de opacidad frente a la visión o control de las partes procesales.

En la subcategoría de los testigos **anónimos**, caben distintas modalidades de anonimato: los supuestos en que el testigo debido a las contingencias o circunstancias particulares del caso no ha podido ser identificado con datos personales y por lo tanto se ignora su identidad dentro del proceso; y aquellos otros supuestos en que sí ha sido identificado y consta su identidad en el proceso, pero por decisión del Tribunal se mantiene secreto y no se da a conocer a las partes, que es lo que al parecer ha sucedido en el caso que ahora se enjuicia.

Dentro de la subcategoría de los testigos **ocultos** también caben diferentes posibilidades, según el grado de opacidad u ocultamiento con el que declare en la vista oral el testigo. Es factible que deponga en una dependencia aparte sin ser visto por el Tribunal ni por las partes ni el público, con lo cual sólo sería oído. Pero también es posible que deponga siendo visto por el Tribunal y los letrados, pero no por los acusados ni el público; sistema de semi-ocultamiento que es el que mayor aplicación tiene en la práctica procesal (generalmente mediante el uso de mamparas y biombos). Sin olvidar tampoco otras opciones en las que se oculta simplemente el rostro del testigo (cascos, capuchas, verdugos o diferentes postizos). Todos estos sistemas se complementan en algunos casos con la distorsión de la voz.

Ambas modalidades de testimonios, anónimos y ocultos o semiocultos, han sido contempladas en la **STC 64/1994, de 28 de febrero**, en la que se distingue aquellos testimonios en los que se desconocen los datos identificativos del testigo (testigos anónimos) de aquellos otros en que sí se conoce la identificación del testigo pero éste declara oculto para el acusado o para éste y también las partes (testigos ocultos).

En la referida resolución del Tribunal Constitucional se examina el problema de los testigos protegidos desde la perspectiva del derecho a un juicio público con todas las garantías consagrado en el art. 24.2 de la norma fundamental, que a su vez es analizado desde una triple vertiente de exigencias, que se resumen en las siguientes: publicidad, contradicción e igualdad de armas, con el fin de determinar si éstas se observaron en efecto o no en este supuesto concreto.

Después de descartar la vulneración del principio de la publicidad del proceso por el mero hecho de que el testigo hubiera declarado sin ser visto por el acusado y su defensa, entra a examinar el Tribunal Constitucional la posibilidad de contradicción y de igualdad de armas en el proceso, esto es, el real ejercicio del derecho de defensa.

La primera de esas exigencias, la contradicción procesal, deriva directamente -dice el Tribunal Constitucional- del art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la luz del cual ha de interpretarse el art. 24.2 C.E. por exigencia del art. 10.2 de la Norma fundamental. El art. 6.3 d) del Convenio exige que el acusado pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo en las mismas condiciones que los de descargo. Por tanto, la cuestión que surge es si puede entenderse cumplido tal requisito en aquellos supuestos como el que nos ocupa, en el que los testigos de cargo prestan su declaración sin ser vistos por el acusado, aunque sí oídos.

A continuación se refiere la STC 64/1994 a la jurisprudencia del TEDH sobre la materia, argumentando que "ha examinado en diversas Sentencias el problema, pero referido más bien a los testimonios anónimos, es decir, aquellos en los que la identidad de los testigos era desconocida para el Tribunal o para la defensa



o para ambos. En este sentido pueden citarse las Sentencias de Kostovski, de 20 de noviembre de 1989 , y Windisch, de 27 de septiembre de 1990 , o, finalmente, la Sentencia LUDI, de 15 de junio de 1992 . En estas resoluciones ha reconocido el TEDH la importancia de proteger a los testigos susceptibles de ser objeto de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de delincuentes pertenecientes a bandas organizadas o miembros de una gran criminalidad (Sentencias Ciulla y Kostovski), mostrando asimismo comprensión hacia la necesidad de garantizar y estimular la colaboración de los ciudadanos con la policía en la lucha contra la criminalidad (Sentencia Windisch). Pero, aun así, y en dos de las precitadas Sentencias (casos Kostovski y Windisch) ha estimado contrario a las exigencias derivadas del C.E.D.H. la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiéndose por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad. En el caso LUDI, insistió en la importancia de posibilitar la contradicción del testimonio de cargo, aunque en esta ocasión se tratase de persona (funcionario de policía) cuya identidad era necesario proteger".

La referencia a la anterior doctrina del T.E.D.H. permite, pues, concluir -según el Tribunal Constitucional- que es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio; por el contrario, en aquellos casos en que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de "oculto" (entendiéndose por tal aquél que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos -tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución .

Con posterioridad a la STC 64/1994 ha dictado **otras resoluciones eITEDH** sobre la materia de los testigos protegidos: 26 de marzo de 1996 (Doorson c . Países Bajos), 23 de abril de 1997 (Van Mechelen c. Países Bajos), 14 de febrero de 2002 (Wisser c. Países Bajos), 28 de marzo de 2002 (Birutis c. Lituania) y 22 de noviembre de 2005 (Taal c. Estonia). A través de las mismas se coligen como pautas insoslayables para que puedan operar como prueba eficaz de cargo los testimonios anónimos, aparte de que esté justificada la necesidad del anonimato, que tal situación aparezca compensada por un interrogatorio de la defensa que permita apreciar la fiabilidad y veracidad del testimonio, y señalándose también el matiz importante de que éste nunca podría servir como única prueba de cargo o como prueba incriminatoria decisiva para fundamentar la condena.

La **STC 75/2013, de 8 de abril** , con relación al anonimato del testigo, subraya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que el derecho del acusado a tener una oportunidad efectiva de someter a contradicción las pruebas que se dirigen contra él requiere "que el acusado deba conocer la identidad de quien le acusa de modo que pueda cuestionar su fiabilidad y credibilidad" ( SSTEDH de 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery

c. Reino Unido, § 127; 19 de julio de 2012, caso Hümmel c Alemania, § 38). En ello radica, en efecto, el déficit de defensa inherente al testigo anónimo, puesto que "si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito. Un testimonio, o cualquier otra declaración contra un inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene la información que le permita fiscalizar la credibilidad del autor o ponerla en duda. Los peligros inherentes a tal situación son evidentes" ( SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Koslovski c. Holanda, § 42 ; 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria , § 28).

En definitiva -acaba diciendo más adelante el Tribunal Constitucional-, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración del testigo anónimo debe reunir tres concretos requisitos. El primero de ellos, que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto; el segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y el tercero, que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia.

La **jurisprudencia de esta Sala**, como recuerda la **STS 649/2010**, ha puesto de relieve en diferentes ocasiones las dificultades que entraña la interpretación del texto del art. 4 de la LO 19/1994 al tratar de determinar las consecuencias que produce en el plenario el anonimato de los testigos protegidos.

Y así, en la **STS 395/2009**, de 16 de abril, después de remarcar que no faltan precedentes que aceptan la negativa de la Audiencia Provincial a revelar la identidad de los testigos en aquellos casos en que concurren circunstancias especiales que así lo aconsejen (cfr. SSTS 322/2008, 30 de mayo; 1047/2006, 9 de octubre; 98/2002, 28 de enero; 1027/2002, 3 de junio y 961/2006, 25 de septiembre), argumenta que "la lectura contrastada de los distintos apartados que integran el art. 4 de la repetida Ley 19/1994, impide interpretar el número 3 - que obliga a desvelar la identidad de los testigos- en absoluta desconexión con el número 1, que permite a la Sala mantener las medidas protectoras acordadas durante la instrucción. Habría sido deseable un mayor rigor técnico en la redacción de la LO 19/1994, excluyendo esa aparente contradicción. Pese a todo, el deber de revelar el nombre y apellidos de los testigos -señala la referida sentencia 395/2009- no es, en modo alguno, de carácter absoluto. El propio art. 4.3 subordina su alcance a que la solicitud que en tal sentido incorporen las partes en su escrito de conclusiones provisionales se haga motivadamente, estando también sujeta al normal juicio de pertinencia". Esta doctrina del Tribunal de Casación ya se había seguido en la sentencia 322/2008, de 30 de mayo.

En la **STS 378/2009**, de 27 de marzo, tras examinar la jurisprudencia del TEDH sobre los testigos anónimos (en concreto las sentencias del caso Kostovski vs Países Bajos, el caso Windisch vs Austria; el caso Van Mechelen y otros vs Países Bajos, el caso Doorson vs Países Bajos y el caso Birutis y otros contra Lituania de 28 de marzo de 2002), se concluye afirmando que la compatibilidad de cualquier ponderación, incluso cuando las dificultades de la defensa sean equilibradas por el procedimiento seguido por las autoridades judiciales, han de cumplirse estos dos parámetros: (a) que sea posible examinar la *fiabilidad del testigo* cuyo nombre se oculta; y (b) que esa declaración del testigo anónimo *no sea decisiva*. En virtud de lo cual, se anula la sentencia recurrida por fundamentarse de forma decisiva en las manifestaciones de los testigos anónimos.

En la **STS 828/2005**, de 27 de junio, se contempla un supuesto en que el Presidente del Tribunal en el mismo acto del juicio acordó que el testigo prestara su declaración de forma que estuviera fuera de la vista de los acusados, sin que esta decisión fuera precedida de una petición fundamentada. No consta que se revelara su identidad. Así se desarrolló la prueba y ello no dio lugar a ninguna petición o queja de la defensa relativa a la forma de practicarla o a la identidad del testigo, o al menos no consta en el acta ninguna incidencia en este sentido.

En esa sentencia, después de sentar la regla general de que la identidad del testigo debe darse a conocer con el fin de garantizar la credibilidad del testimonio, tal como se recuerda en las sentencias del TEDH, se matiza que no puede desconocerse que en algunos casos los riesgos serios que puede correr el testigo que acude al Tribunal a mantener su testimonio pueden ser de tal naturaleza que debiliten su decisión de declarar, dando lugar a situaciones negativas para el funcionamiento correcto y eficaz de la Administración de Justicia. En atención a esta clase de consideraciones la Ley permite algunas excepciones a esta forma de practicar la prueba testifical, las cuales suponen una disminución de la vigencia de los principios que regulan el juicio oral, aportando a cambio una mayor seguridad al testigo. Concretamente la ocultación de éste respecto del acusado puede afectar al principio de contradicción, que resulta limitado en cuanto que se suprime la confrontación directa entre ambos.

Se hace especial hincapié en la sentencia 828/2005 en que la restricción de derechos fundamentales dentro del marco del derecho a un proceso público con todas las garantías, del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia, exigen que la decisión se adopte motivadamente por el Juez o Tribunal, y concretamente cuando se refiere a las medidas que puede adoptar el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos, exige además que se efectúe por el órgano jurisdiccional una previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos (y peritos) en relación con el proceso penal de que se trate. Y como en el caso concreto no consta expresamente esa ponderación y permanecen ignotas las razones del Tribunal para mantener la ocultación de la identidad del testigo y para practicar la prueba estando éste en un despacho contiguo a la Sala de audiencias, oculto al menos para los acusados, se declara la nulidad de la prueba así practicada en cuanto afecta al derecho a un proceso con todas las garantías. Pese a lo cual, confirma la condena al concurrir como pruebas complementarias suficientes las declaraciones policiales.

En algunas sentencias de esta Sala, como la **1047/2006**, de 9 de octubre, y **1027/2002**, de 3 de junio, a pesar de apoyarse las condenas en testigos principales anónimos, se considera que, a tenor del riesgo que

corren los bienes jurídicos personales de los testigos, no cabe anular las declaraciones testificales por haberse infringido el derecho a un proceso con todas las garantías.

Más recientemente, la **sentencia STS 384/2016**, de **5 de mayo**, sostiene que la Ley no impide que se desestime la solicitud de desvelar la identidad de los testigos protegidos, cuando existan razones fundadas para ello. La segunda alegación plantea precisamente la inexistencia de razones fundadas para la negativa a desvelar la identidad de los testigos protegidos. Señala la sentencia que en el caso actual la parte recurrente se limitó a expresar en su solicitud que fuese desvelada la identidad de los testigos protegidos "para hacer valer el derecho de defensa", sin expresar una motivación específica de su petición. Esta Sala (SSTS 1771/2001, de 8-10, de 28 de enero de 2002 o STS de 5 de junio de 2008) ha señalado reiteradamente que una simple alegación genérica de indefensión, sin precisar en qué se ha perjudicado en concreto el derecho de defensa, no constituye motivación suficiente.

Es cierto -prosigue diciendo la sentencia 384/2016 - que no se pueden establecer criterios rigurosos de precisión en las razones motivadoras de la solicitud, pues no nos encontramos aquí ante un sistema similar a las reglas del "non-disclosure", propio de los sistemas del Common Law, en el que se carga sobre la defensa la justificación de los motivos por los que resulta necesaria la revelación de la identidad de un testigo en ciertos casos especiales. En nuestro sistema el propio desconocimiento de la identidad del testigo puede impedir a la defensa conocer, y en consecuencia expresar al Tribunal, las razones concretas por las que el testigo anónimo puede ser parcial o carecer de credibilidad, por lo que no se puede exigir una concreción que puede fácilmente originar una indefensión, que sería responsabilidad del Tribunal. Pero en la práctica ha de tenerse en cuenta que el conocimiento del contenido de la declaración realizada durante la instrucción permite ordinariamente al afectado inferir ciertos datos sobre la personalidad del testigo, que permitan a la defensa fundamentar racionalmente su solicitud. Debiendo distinguirse, al resolver la misma, entre los supuestos en que se trata de agentes policiales o personas que carecían de la menor relación extraprocesal previa con el recurrente y de aquellos otros en los que existen datos para inferir que el testigo pudo tener una relación previa con el afectado por su testimonio. En el primer caso la identidad es irrelevante para la defensa, pero en el segundo ha de tenerse en cuenta que esas relaciones previas pudieron generar hostilidad o enemistad, de manera que el testimonio puede estar afectado en su credibilidad subjetiva por motivos espurios, y el derecho de defensa exige que el acusado pueda cuestionar la credibilidad del testigo con conocimiento de su identidad, por lo que en estos casos no se puede desestimar la pretensión simplemente por falta de precisión, debiendo ponderarse cuidadosamente si el riesgo previsible es de tal entidad que justifica el sacrificio del derecho fundamental de defensa afectado.

**3. Del examen conjunto de los precedentes jurisprudenciales** que se han venido exponiendo, tanto del TEDH como del Tribunal Constitucional y de esta Sala, se colige -según se razonó en la sentencia de esta Sala 649/2010 - que la vulneración de las garantías y sus consecuencias son notablemente diferentes cuando se trata de un supuesto de testigos anónimos que cuando se contempla un caso de testigos ocultos. En los supuestos de anonimato es claro que no resulta factible para la defensa ponderar la imparcialidad del testigo y su grado de credibilidad y fiabilidad, por lo que las garantías en la práctica de la prueba del testigo de cargo quedan sustancialmente disminuidas, al no ser factible, en principio, someter a contradicción la credibilidad y fiabilidad del testimonio. Ello genera la devaluación sustancial de la prueba convirtiéndola en notablemente ineficaz, ya que no es fácil acudir a modulaciones valorativas de algo que aparece dañado de raíz, por lo que a lo sumo habría de operar como dato secundario meramente corroborador de la prueba principal de cargo. Sin perjuicio, claro está, de que la condena pueda apoyarse en otras pruebas incriminatorias que contengan entidad suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia, tal como sucedió en la STS 828/2005, de 27 de junio.

En cambio, cuando se trate de declaraciones de testigos que depongan ocultos o semiocultos, pero cuya identidad se conoce, resulta claro que el déficit de garantías procesales ya no atañe a la fiabilidad o la credibilidad del testimonio sino a su eficacia probatoria en el caso concreto en relación con los principios de inmediación. En estos casos el cuestionamiento del testimonio ha de afectar sólo al grado de convicción alcanzado y por lo tanto a la eficacia probatoria en el caso concreto, dependiendo de la intensidad del ocultamiento del testigo y de las posibilidades que tuvieron las partes de visualizar y percibir las declaraciones del testigo. No resultando, pues, razonable que las limitaciones en la forma de practicar la prueba puedan determinar en principio una nulidad o total ineficacia del elemento probatorio.

**4. La traslación de las pautas y criterios que se han reseñado al casoconcreto** que ahora se juzga aboca necesariamente a declarar la ineficacia del testimonio prestado por el testigo protegido. Ello es así porque se está ante un supuesto en que no sólo se le ha privado a la defensa de conocer la identidad del



principal testigo de cargo, impidiéndoles así verificar la credibilidad y fiabilidad de sus manifestaciones, sino que además el testimonio fue practicado sin que el testigo pudiera ser visto ni percibido por ninguna de las partes. Se trata por tanto de un testigo anónimo y oculto, con la doble limitación que ello implica para la validez y eficacia del testimonio. A lo cual debe añadirse que tampoco la Sala ha expuesto en la sentencia las razones que pudieran justificar tal grado de excepcionalidad en la limitación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Todo viene a constatar que se está ante un testigo mayor de edad y no se han especificado amenazas ni conminaciones por parte de los acusados o personas allegadas a éstos.

Por lo demás, si se sopesa que en la STS 378/2009, de 27 de marzo, se consideraron ineficaces para operar como pruebas decisivas las declaraciones de tres menores de quince años de edad que comparecieron a deponer como testigos anónimos, pero no ocultos para los profesionales, en un juicio contra ocho componentes de una banda urbana, algunos de los cuales tenían antecedentes de homicidio, razones de coherencia axiológica exigen que en este caso se declare también la ineficacia del testimonio, puesto que el testigo de cargo no sólo no es menor de edad sino que además depuso anónima y ocultamente para todas las partes.

Ahora bien, de todas formas, y al margen de la ineficacia de la declaración del testigo protegido, conviene dejar claro que se está ante un supuesto en que, como se verá en el fundamento siguiente, tampoco la prueba practicada presenta solidez y entidad suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo que la decisión a adoptar no será la de anular el juicio para que se retrotraigan las actuaciones y se celebre una nueva vista oral con todas las garantías probatorias para el acusado, sino que lo procedente es apreciar la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, según se razonará a continuación.

**SÉPTIMO. 1.** En el **motivo sexto** invoca la defensa, por el cauce procesal de los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** ( art. 24.2 CE ), por no concurrir prueba de cargo enervadora de la presunción constitucional.

En el fundamento sexto, apartado 4º, de la sentencia recurrida se argumenta sobre la autoría del acusado Paulino Oscar, también conocido como " Mantecas ", que ha sido identificado en rueda judicial por parte del testigo protegido NUM000 (folios 3318 y 3319 de la causa), matizando que fue practicado en fecha próxima a los hechos. En esa diligencia dice la sentencia que el testigo manifestó bajo la correspondiente fe pública judicial "que con toda seguridad reconoce al nº NUM004 (el acusado Paulino Oscar) como participante integrante del grupo. Que este en concreto llevaba un bate de béisbol. Que estaba en el grupo el día de los hechos".

El acusado negó los hechos y manifestó que el 10 de diciembre de 2009 estaba con su mujer. Que estaba por la Vía Julia. Mostradas las fotografías obrantes a los folios 1854, 1855, 1856 y 2016, manifestó que puede que fuera el que aparece en el fotoprinter 8 del folio 1854 que le es mostrado en el acto del juicio. Dijo que a esa hora iba con "Startlin", desconociendo el nombre del mismo y otro chico que puede que fuera su hermano, no estando en la reunión cercana al metro de Guinardó con más personas. Vino en tren desde Rubí y no sabe cómo llegó a la parada de metro de Guinardó. Ese día no iba armado y le llevaron a un lugar donde había una fiesta sin que apercibiera que en la boca de metro de Vía Julia entraran personas corriendo.

La Sala de instancia incide también en que el acusado se distingue por un notable volumen corporal y que también fue identificado por la policía en los fotoprinters del metro (folio 2106), sin que se haya cuestionado su identidad con motivo de la captación de su imagen en la entrada del metro de Guinardó y salida en Vía Julia junto a las de otros acusados con la misma estética Latin King. En vista de lo cual, considera que es diáfano que la versión exculpatoria prestada por el acusado no sólo se muestra poco espontánea, sino también altamente inconsistente, sin que ofrezca una explicación plausible respecto a la integración en el grupo Latin King que se desplazó en metro al lugar de los hechos, ni sobre su anterior presencia en la boca de metro de Guinardó. Además, señala el Tribunal que ha reconocido su pertenencia a los Latin Kings con anterioridad a los hechos de autos, dando sobradas explicaciones en el acto del juicio de su funcionamiento, lo que concuerda con su ficha de imputación de hechos obrante a los folios 1977 a 1988, en la que se le vincula al Capítulo de Rubí y en la que constan hasta 38 identificaciones entre los años 2008 a 2010 relacionadas con otros miembros de los Latin Kings. Fue identificado como " Mantecas " en el manuscrito incautado en el dispositivo realizado el 24 de febrero de 2010 con motivo de un acto homenaje efectuado por los Latin Kings en Rubí, apareciendo en las fotografías gesticulando con las manos la Corona propia del grupo.

Por todo lo cual, concluye la Sala de instancia que existe una sólida prueba indiciaria de participación del acusado Paulino Oscar " Mantecas " en la "masa de acoso" el 10 de diciembre de 2009, y conforme a lo anteriormente razonado debe reputarse autor de los delitos contra la vida objeto de acusación.

2. Pues bien, al margen de lo que se argumentó en el fundamento precedente de esta sentencia sobre la invalidez del testimonio prestado por el testigo NUM000 debido a que se trata de un testigo anónimo y oculto, sin que la Sala, a pesar de haberlo solicitado la defensa del acusado, respondiera a la solicitud accediendo a la identificación del testigo -tras alegársele la sospecha de que es un sujeto de otro grupo que declara por odio o represalia hacia su persona-, lo cierto y real es que, en contra de lo que razona la Audiencia, tampoco se está ante una prueba testifical de cargo de una estructura racional convincente en lo que atañe a la identificación del acusado en el curso de la acción agresora.

En efecto, señala la Audiencia que la rueda judicial de reconocimiento se practicó "en fecha próxima a los hechos". Sin embargo, la lectura del contenido de la diligencia (folios 3318 y 3319) pone de relieve que se practicó más de un año después de que tuvieran lugar los hechos. La agresión se perpetró el 10 de diciembre de 2009 y la rueda judicial de reconocimiento se realizó en enero de 2011 (folio 3318).

En segundo lugar, el testigo manifestó (folio 21 de la sentencia recurrida) que las personas que identificó en rueda llevaban machetes en la mano. Pues bien, el recurrente fue identificado en rueda y, al parecer, no llevaba machete alguno en la mano, pues el propio testigo admitió en el curso de la rueda judicial que portaba un bate de béisbol.

Estamos ante dos datos objetivos relevantes que generan notables dudas de que el testigo identificara realmente al acusado como uno de los autores de los hechos. Datos que si se ponen en relación con el anonimato y el ocultamiento del testigo, abocan no sólo al quebrantamiento de las garantías procesales que deben regir en la práctica de la prueba pericial, sino también a cuestionar el resultado de la diligencia de identificación. Máxime cuando al acusado no lo vieron propinar ningún golpe contra las víctimas, sino sólo integrarse en la denominada "masa de acoso". Y como no concurren otras pruebas de cargo con una solidez y consistencia incriminatoria que compensen las carencias de toda índole de las manifestaciones del testigo NUM000 , ha de concluirse que no ha sido enervada la presunción de inocencia del acusado en lo que respecta a la autoría de los dos delitos de asesinato en grado de tentativa, de los que ha de ser absuelto en la segunda sentencia.

Se estima, por consiguiente, este motivo de impugnación.

**OCTAVO.** En el **motivo segundo** invoca, a través del cauce procesal del art. 849.2º de la LECr ., la existencia de **error en la apreciación de la prueba** .

Toda la impugnación la centra en cuestionar la veracidad y fiabilidad de la declaración del testigo protegido NUM000 por ser el testimonio en que se basa la condena del acusado. Resulta, pues, incuestionable que el motivo, al haberse estimado el anterior y quedar excluida la autoría del acusado en lo que respecta a los dos delitos de tentativa de asesinato, carece ya de razón de ser, por lo que damos ahora por reproducido todo lo argumentado en el fundamento precedente.

El motivo por lo tanto se estima, con remisión a lo expuesto en el anterior.

**NOVENO.** En el **motivo primero** del recurso, por la vía procesal del art.

849.1º de la LECr., alega el recurrente la **infracción de los arts. 515.1 º y 517.2º** del C. Penal , argumentando que la asociación Latin King tiene carácter cultural y que no se trata de un grupo violento que se dedique a cometer delitos.

Por consiguiente, el recurrente no cuestiona que pertenece a esa asociación, hecho que por lo demás ha quedado fehacientemente probado en virtud de lo razonado en el fundamento séptimo; sino que impugna la ilicitud de la referida asociación destacando su carácter cultural y cuestionando que se dedique a cometer actos delictivos.

Sin embargo, para que prosperara el motivo tenía que haber impugnado el acusado la premisa correspondiente a los hechos probados, pues en ella se dice que la asociación Latin Kings fue fundada en 1940 en Chicago (EUA), cohesionando en la década de los sesenta o setenta en Nueva York en lo que se conocía como la "Almighty Latin Kings and Queens Nation" (ALFON). En España la organización fue fundada el 14 de febrero de 2000, bajo la denominación de "Sagrada Tribu America Spain" (STAS), dividiendo el territorio estatal español en "Reinos" y estos a su vez en "Capítulos". Cataluña constituye el llamado "Reino Hispano", comunidad en que hay asentados multitud de "Capítulos".

La estructura de los Latin Kings es de carácter piramidal, jerárquica y bajo una severa disciplina basada en un férreo código de silencio respecto de las posiciones de los responsables con la finalidad de salvaguardar la identidad de los rangos superiores. Inculcan el conocimiento y el acatamiento de las normas internas, partiendo de la superación de ritos iniciáticos como soportar golpes, y someten a los sujetos afiliados a un control de su cumplimiento sancionado con castigos físicos y amenazas, incluso a familiares; asimismo, fomentan el uso generalizado de la violencia frente a quienes determinan como sus enemigos e inculcan el aprendizaje de técnicas de combate.

También se declara probado que la disidencia, la desobediencia, el desconocimiento de las reglas, el impago de cuotas, la falta de arrojo en los ataques a grupos rivales ("caídas") o la deserción, eran objeto de represalia en forma de castigos físicos o amenazas al miembro o a su entorno familiar, y podían culminar en agresiones lesivas o mortales.

Las actividades ilícitas más frecuentes, además de las ejercitadas internamente para con los integrantes, eran los ataques a grupos rivales ("caídas"), en los que un grupo numeroso de miembros de la banda, pertrechado con bates, cuchillos, machetes, navajas, armas de fuego -cuya posesión siempre deviene ilícita- y demás objetos contundentes, habiéndose previamente concertado para ello y distribuido las tareas a desempeñar, fijan con antelación el lugar, fecha, hora y objetivos concretos, y ataca sorpresivamente con la intención de causar la muerte o de herir gravemente a los integrantes de otros grupos considerados como enemigos -habitualmente contra miembros de los "Ñetas", "Vatos Locos", "Trinitarios", "Dominican Don't Play", "Mara Salvatrucha", "Black Panthers", "901 Black Etnia" o "Forty Twoo"-; bien como represalia por ataques precedentes o bien con el fin de lograr un dominio territorial, al perseguir como meta establecerse en distintos espacios públicos (plazas, parques o instalaciones deportivas), controlar su acceso y las actividades a desarrollar en ellos, y con ello, acrecer el poder del "Capítulo" y, por ende, de los Latin Kings.

En Barcelona se produjo en el año 2006 una escisión de un grupúsculo de los Latin Kings, liderado por Ildfonso Lorenzo ("Millonario") y por Rafaela Bibiana ("Gatita"), quienes bajo la apariencia de promover intereses socioculturales y musicales la inscribieron como asociación cultural en el Registro de Asociaciones del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. No obstante la existencia de esa facción minoritaria, el colectivo prosiguió con sus actividades ilícitas, siendo tolerada tal facción por el "Padrino", por los "Sagrados" y por los "Supremos" de los Latin Kings ya que permitiría disimular el verdadero ideario y actividades habituales del grupo, siendo conocida dicha facción como "Almighty Latin King Nation" (ALKN).

Declarados como probados tales hechos, y no habiendo sido siquiera impugnada su certeza, es claro que no puede cuestionarse por la vía de los arts. 515 y 517 del C. Penal la naturaleza ilícita de la asociación de los Latin Kings.

Por lo tanto, nos remitimos a todo lo jurídicamente argumentado en el fundamento segundo de esta sentencia, remisión que aboca necesariamente a la desestimación del motivo.

**DÉCIMO**. En el **motivo séptimo** del recurso, por la vía procesal de los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, se denuncia una **decisión judicial arbitraria** infractora de lo dispuesto en el art. 9.3 de la Constitución.

Para sustentar el motivo arguye la defensa que la Audiencia incurre en arbitrariedad a la hora de examinar y valorar la credibilidad del testigo protegido NUM000, ya que sus declaraciones no fueron creídas y consideradas veraces en lo que se refiere a otros acusados y sí en cambio con respecto al ahora recurrente, disparidad de juicio que la parte cataloga como una infracción de la referida norma constitucional.

Sin embargo, una vez que al acusado no se le considera ya autor de las dos tentativas de asesinato al devaluar el testimonio de cargo del referido testigo, es claro que el motivo ha perdido toda su razón y fundamento, por lo que sólo cabe dar por reproducido lo expuesto en el fundamento séptimo de esta resolución.

Se estima, por consiguiente, parcialmente el recurso de casación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECr.).

C) Recurso de Ildfonso Octavio

**UNDÉCIMO. 1.** En el **motivo primero** invoca, por el cauce procesal de los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** (art. 24.2 CE), por no concurrir prueba de cargo enervadora de la presunción constitucional.

En el fundamento sexto, apartado 3º, de la sentencia recurrida (folio 50) se argumenta sobre la autoría del acusado Ildfonso Octavio, también conocido como "Gótico", que el testigo protegido NUM000 le situó en su declaración en la "masa de acoso", manifestando no obstante que los reconocidos en rueda llevaban



machetes en la mano y también los reconoció en las fotos del metro. Y añade la Audiencia que, pese a la posible contaminación de la rememoración de los hechos dado el tiempo transcurrido y la existencia de otros testigos presenciales con los que a buen seguro rememorarían los hechos, lo cierto es que el testigo reconoció en sede judicial el 11 de marzo de 2011 a dicho acusado (folios 3492 y 3493 de la causa), manifestando que iba con una "capucha negra y un bate" y que no lo conocía de antes. Asimismo, el testigo había reconocido previamente al acusado el 25 de enero de 2011 en otra rueda efectuada para otro acusado en la que Ildefonso Octavio intervino como figurante (folios 3226 y 3227), diciendo el testigo con motivo de esa diligencia que Ildefonso Octavio también integraba el grupo pero no apuñalaron a su amigo.

Refiere también el Tribunal que, aunque se observa un importante distanciamiento temporal entre la fecha de ejecución de los hechos y la de las identificaciones de sus autores, existen dos reconocimientos sin ningún género de dudas del precitado acusado. Dichos reconocimientos se basan no sólo en la identificación efectuada en sede policial por medio de los fotoprinters obtenidos por las videocámaras del Metro (folio 2097), en los que se percibe que el individuo cubre la parte superior de su cabeza con una capucha de lana de color negro, sino que, además, los informes de geolocalización por antena BTS le sitúan junto a otros acusados en las inmediaciones del metro de Guinardó. Y a mayor abundamiento, en su ficha de imputación policial obrante en los folios 1938 a 1943 se especifica con mayor detalle el reconocimiento policial, apareciendo ubicado en el interior del Metro de Guinardó junto al acusado Paulino Oscar , también de Rubí.

2. Pues bien, con respecto a la **prueba de cargo** en que fundamenta la Audiencia la autoría del acusado de dos tentativas de asesinato, se aprecia, en primer lugar, que el único testigo de cargo que lo identifica como integrante de lo que denomina la Audiencia "masa de acoso" que atacó a los integrantes del grupo de los Trinitarios, es el testigo protegido NUM000 , por lo que vuelven a darse aquí las problemáticas circunstancias y las objeciones que se advirtieron en las declaraciones del mismo testigo con respecto al coacusado Paulino Oscar .

Es cierto que en este caso no concurre el problema procesal de la impugnación del anonimato del testigo, ya que aquí la defensa no ha impugnado la falta de identificación del testigo crucial y básico para la condena de Ildefonso Octavio ; sin embargo, sí convergen similares objeciones en lo relativo a la credibilidad y fiabilidad del testimonio de cargo.

En efecto, tal como reconoce el Tribunal sentenciador, en este caso han transcurrido nada menos que quince meses desde que se perpetraron los hechos hasta que se practicó la diligencia de reconocimiento en rueda. Las tentativas de homicidio se ejecutaron el 10 de diciembre de 2009 y el reconocimiento judicial se practicó el 11 de marzo de 2011 (folios 3492 y 3493 de la causa). Siendo así, no es sólo que semejante lejanía en el tiempo borra la imagen y los rasgos concretos de la persona a identificar (máxime cuando el identificado portaba una capucha de lana), sino que también, como precisa la propia Audiencia, se incrementan las posibilidades de que el testimonio aparezca condicionado y orientado por las informaciones recibidas por compañeros de su grupo que atribuyan la responsabilidad de los hechos al recurrente por diferentes circunstancias que ponen en cuestión la objetividad e imparcialidad del testigo protegido NUM000 , devaluándose así la eficacia probatoria del principal y casi único testigo de cargo sobre los hechos nucleares de la conducta homicida; es decir, de la prueba decisiva merced a la cual se condena al acusado.

A ello debe sumarse que también en este caso, como en el de Paulino Oscar , el testigo manifestó (página 21 de la sentencia recurrida) que las personas que identificó en rueda llevaban machetes en la mano, siendo lo cierto que el recurrente fue identificado en rueda y, al parecer, no llevaba machete alguno en la mano, pues el propio testigo admitió en el curso de la rueda judicial que portaba un bate de béisbol.

Este cúmulo de obstáculos y contradicciones intenta compensarlo la sentencia recurrida con el dato de que el acusado ya había sido identificado por el testigo protegido NUM000 en una rueda de reconocimiento anterior que había practicado con respecto a otro acusado el 25 de enero de 2011, es decir, un año y un mes después de los hechos (folios 3226 y 3227 de la causa). Sin embargo, los vicios raigales que afectan a las garantías de certeza incriminatoria de ambas diligencias son iguales ya que estamos operando con el mismo testigo de cargo. A lo cual ha de sumarse el dato relevante de que la identificación casual se obtuvo con motivo de la rueda practicada con respecto a otro acusado, diligencia en la que el ahora recurrente ni siquiera fue asistido de su letrado, asignándosele, indebidamente, el papel de mero figurante en la formación de la rueda de identificación.

En consecuencia, y en virtud de todo lo razonado, no puede considerarse enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado dada la insuficiencia de prueba de cargo concurrente

contra él, por lo que debe rechazarse la acreditación de su autoría en las dos tentativas de asesinato que se le imputan, de las que será absuelto en la segunda sentencia.

El motivo debe por tanto acogerse.

**DUODÉCIMO.** En el **motivo segundo** invoca la defensa, por el cauce procesal de los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** ( art. 24.2 CE ), por no concurrir prueba de cargo enervadora de la presunción constitucional con respecto a la autoría del delito de asociación ilícita previsto en los arts. 515 y 517 del C. Penal .

Frente a las alegaciones de la defensa, debe subrayarse que si bien no concurre en el caso prueba de cargo relativa a la intervención del acusado en las dos tentativas de asesinato que se le imputan, no puede decirse lo mismo en lo atinente a los hechos integrantes del delito de asociación ilícita. A tal efecto, debe recordarse, tal como se anticipó *supra* , que en los fotoprinters del metro (folio 2097) se percibe que el acusado cubre la parte superior de su cabeza con una capucha de lana de color negro y que, además, los informes de geolocalización por antena BTS le sitúan por la zona de los hechos, en concreto en las inmediaciones del metro de Guinardó. A mayor abundamiento, en su ficha de imputación policial obrante a los folios 1938 a 1943, se especifica con mayor detalle el reconocimiento policial, siendo visionado en el metro de Guinardó junto al acusado Paulino Oscar , también de Rubí.

En el art. 517 del C. Penal se distinguen diferentes escalones de jerarquía para referirse a los miembros de una asociación ilícita: directivos, miembros activos y meros afiliados, y se tipifica la repercusión punitiva que ello pudiera tener cuando se trata de distinguir entre un miembro activo y un mero afiliado, pues esta última figura resulta atípica.

En principio, tal como se especificó en la sentencia 109/2012, de 14 de febrero , el tipo penal más grave del art. 517.1º comprenderá sólo los máximos directivos de la asociación, opción interpretativa que nos parece la más razonable y proporcionada a la naturaleza y entidad de las conductas. Pero el problema se centra aquí en la delimitación entre el miembro activo y el mero afiliado. Parece cuestionable que el mero afiliado tenga que ser un miembro totalmente inactivo o pasivo, de modo que en cuanto realice cualquier actividad relacionada con la condición de afiliado se convierta ya en miembro activo, aunque su actividad se limite a intervenir en las reuniones y a abonar las cuotas. Una interpretación tan restrictiva del concepto de mero afiliado extiende en exceso el de miembro activo con respecto a un tipo penal que, dadas sus connotaciones formales y sus límites difusos, no parece razonable interpretarlo de forma extensiva.

Por consiguiente, se considera que lo adecuado es interpretar la locución "miembro activo" en el sentido de sujeto que dentro de la organización ocupa una categoría intermedia, tal como ha defendido un sector doctrinal; de modo que sin ser un mero afiliado y ocupando alguna posición de ascendencia en el grupo, no alcance sin embargo a tener una función de alta dirección o alto mando. Y también deben subsumirse en tal concepto aquellos miembros que se signifiquen por un incuestionable activismo violento.

Pues bien, operando con esos criterios todo denota en este caso, a tenor de la prueba practicada, que si bien no se ha probado que el acusado interviniera en las agresiones más graves que se calificaron como tentativas de asesinato, sí estuvo presente en la marcha en grupo hasta la zona en que se desarrollaron los hechos más violentos. Por lo cual, su presencia como integrante de la asociación de los Latin Kings en el lugar de los hechos, donde sabía que necesariamente se iban a ejecutar acciones violentas contra la vida e integridad física de otras personas, obliga a catalogarlo como miembro activo de la asociación ilícita, calificación que determina su condena como autor del delito previsto en el art. 517.2º del C. Penal .

En consecuencia, el motivo se desestima.

**DECIMOTERCERO.** En el **tercer motivo** del recurso se interesa, a través de la vía procesal del art. 849.1º de la LECr ., que se deje sin efecto la condena por los delitos de tentativa de asesinato y que se subsuman los hechos probados en los **delitos de lesiones** previstos en los arts. 148 y 147 del C. Penal .

Sin embargo, al haber quedado excluida la autoría del acusado con respecto a las heridas sufridas por las dos víctimas agredidas, es claro que este motivo del recurso ha perdido toda su operatividad, por lo que sólo cabe dar por reproducido lo expuesto en el fundamento décimo de esta resolución sin necesidad de entrar a examinar la objeción del recurrente.

Se estima así parcialmente, en virtud de todo lo razonado, el recurso de casación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia ( art. 901 LECr .).

D) Recurso de Olegario Rosendo

**DECIMOCUARTO** . En el *único motivo* que formula, al amparo de los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , denuncia la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** ( art. 24.2 CE ) al entender que no concurre prueba de cargo acreditativa de los hechos integrantes del delito de asociación ilícita por el que fue condenado ( arts. 515.1º y 517.2º del C. Penal ).

En contra de lo que refiere en su queja, la Audiencia argumenta en los folios 52 y 53 de la sentencia su localización por antena BTS en la Avenida Mare de Deu de Monserrat, con "tráfico telefónico" hasta las 21:21 horas. También fue reconocido en los fotoprinters como integrante del grupo que viajaba desde el Metro de Guinardó al de Vía Julia, sin que sea discutida por el acusado esa identificación. Su alegación de que viajaba en el Metro en compañía de su hermano y de Aquilino Urbano resultó contradicha por este último. Esas pruebas de imágenes documentadas permitieron declarar como probado que el recurrente acudió al lugar de los hechos en compañía de los coacusados Severino Urbano , Aquilino Urbano , Emiliano Genaro , Raul Nicanor , Paulino Oscar y Ildefonso Octavio , aunque finalmente no pudiera acreditarse su intervención en los actos violentos efectuados por los sujetos que integraban la "masa de acoso" que cooperó en las acciones homicidas.

Al margen de lo anterior, en los folios 2005 y ss. de la causa se recogen los informes de la policía relativos a las identificaciones en diferentes fechas del acusado acompañado de otros miembros de los Latin Kings, informes que aparecen avalados por fotografías y datos que los corroboran.

Por consiguiente, y en virtud del concepto de miembro activo que se ha reseñado en el fundamento decimoprimer de esta sentencia, ha de considerarse enervada la presunción de inocencia del acusado en lo que respecta a los hechos integrantes del delito de asociación ilícita por el que fue condenado.

Visto lo que antecede, se desestima el recurso de casación, con imposición a la parte recurrente de las costas de esta instancia ( art. 901 LECr .).

E) Recurso de Raul Nicanor

**DECIMOQUINTO** . Este recurrente formula **tres "presuntos" motivos** de impugnación relativos a "una" infracción constitucional, el primero, sin que se especifique ni explique de qué infracción se trata. En el segundo motivo se limita a exponer -en dos líneas- que han sido interpretados erróneamente los arts. 515 y 517 del C. Penal , sin concretar en qué consisten esos supuestos errores. Y en tercer lugar, hace referencia a la existencia del error en la apreciación de la prueba previsto en el art. 849.2º de la LECr ., sin citar documento alguno ni referir tampoco en qué consiste el error y a qué cuestión probatoria afecta.

Por todo lo cual, como aduce el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, estamos ante una impugnación carente de todo contenido que pueda ser objeto de debate, lo que imposibilita el examen de lo que es realmente un mero anuncio de un hipotético recurso de casación.

Se desestima, en consecuencia, el recurso interpuesto, con imposición al recurrente de las costas de esta instancia ( art. 901 LECr .).

F) Recurso de Severino Urbano

**DECIMOSEXTO**. En el *único motivo* que formula alega la existencia de error en la apreciación de la prueba, error que encausa por la vía procesal del **art. 849.2º de la LECr** . , al entender que no concurre prueba de cargo suficiente para ser condenado por el delito de asociación ilícita ( art. 515.1º y 517.2º del C. Penal ).

Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación ( art. 849.2º LECr .), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, evidencia que ha de basarse en el propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo del documento, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida ( SSTS de 1653/2002, de 14-10 ; 892/2008, de 26-12 ; 89/2009, de 5-2 ; 109/2011, de 22-9 ; y 207/2012, de 12-3 , entre otras).

A estos requisitos también debe añadirse, desde una perspectiva estrictamente procesal, la obligación que le compete a la parte recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo - art. 855 LECr .- esta Sala ha flexibilizado permitiendo



que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso; pero en todo caso es obligación de la parte además de individualizar el documento, precisar los extremos concretos que acrediten claramente el error en el que se dice incurrió el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación rebuscar tales extremos (SSTS 465/2004, de 6-4 ; 733/2006, de 30-6 ; 259/2010, de 18-3 ; 1175/2011, de 10-11 ; y 771/2012, de 16-10 , entre otras).

Pues bien, la defensa del acusado no cita ningún documento de los comprendidos en el art. 849.2º de la LECr ., por lo que, dado ese vacío documental, el recurso no puede prosperar en los términos en que viene planteado.

De todas formas, como la lectura del motivo de impugnación del recurrente deja entrever que posiblemente se esté refiriendo en su argumentación más bien a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, nos remitimos a lo que se expresa en las páginas 53 y 54 de la sentencia recurrida, donde se consigna la prueba de cargo existente contra él, que consideramos suficiente para calificar como correcta la subsunción de su conducta dentro del concepto legal de miembro activo, convicción que aparece avalada también por el contenido de los folios 2022 y ss. de la causa.

Así las cosas, se desestima el recurso de casación, con imposición al recurrente de las costas de esta instancia ( art. 901 LECr .).

G) Recurso de Emiliano Genaro

**DECIMOSEPTIMO** . En el *único motivo* que formula, al amparo de los arts. 849.1º de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , denuncia la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** ( art. 24.2 CE ) al considerar que no concurre prueba de cargo acreditativa de los hechos integrantes del delito de asociación ilícita por el que fue condenado ( arts. 515.1 º y 517.2º del C. Penal ).

En la página 54 de la sentencia recurrida se especifican los indicios que concurren contra el acusado para considerarlo autor del delito de asociación ilícita que se le imputa. Allí se afirma por la Audiencia que Emiliano Genaro fue geolocalizado en las cercanías del repetidor de la Avenida Virgen de Monserrat, próxima al Metro de Guinardo, efectuando una llamada a las 20:03 horas (folio 2184 de la causa), de la que se desprende que se encontraba con los coacusados Aquilino Urbano , Raul Nicanor , Olegario Rosendo y los rebeldes Ismael Darío y Samuel Hermenegildo , sin que aportara una explicación plausible de por qué se bajó en la parada de Guinardo si iba con Raul Nicanor a ver a su tía. Y añade la sentencia que el acusado fue identificado en las proximidades del autobús cuando iba sudando con el acusado Raul Nicanor , sin que sus explicaciones fueran refrendadas por los policías municipales. Además, la policía lo identificó como miembro de Latin Kings perteneciente al Capítulo de Badalona. Y en la ficha policial que se aportó consta que fue detenido en septiembre de 2008 con motivo de una denuncia formulada por lesiones. La víctima, según la policía, manifestó que Emiliano Genaro pertenecía a los Latin Kings (folios 1998 y ss. de la causa).

A tenor de estos datos objetivos, en los que se plasma la intervención del acusado en los hechos del día 10 de diciembre de 2009, aunque no en el punto concreto donde se perpetraron las agresiones, y que también en alguna ocasión anterior fue identificado como miembro de los Latin Kings perteneciente al Capítulo de Badalona, ha de ratificarse la convicción probatoria del Tribunal sentenciador y considerar, por tanto, que la conducta del acusado debe subsumirse en el concepto de miembro activo de la referida banda urbana.

En virtud de lo cual, el motivo se desestima, imponiéndose al recurrente las costas de esta instancia ( art. 901 LECr .).

### III. FALLO

**ESTIMAMOS PARCIALMENTE LOS RECURSOS DE CASACIÓN** por infracción de norma constitucional y ordinaria interpuestos por las representaciones de los acusados Paulino Oscar y Ildelfonso Octavio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, de 28 de enero de 2015 , que condenó a los recurrentes como autores de dos delitos de tentativa de asesinato y de un delito de miembros activos de asociación ilícita, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sentencia que queda así parcialmente anulada, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

De otra parte, **DESESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación de Arsenio Bienvenido contra la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, en la que fue condenado el recurrente como autor de dos delitos de tentativa de asesinato y otro de miembro activo de asociación ilícita, imponiéndose al recurrente las costas de esta instancia.

Por último, **DESESTIMAMOS LOS RECURSOS DE CASACIÓN** formulados por las representaciones de **Olegario Rosendo , Raul Nicanor , Severino Urbano y Emiliano Genaro** contra la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, en la que fueron condenados como autores del delito de ser miembros activos de asociación ilícita, imponiéndose a los recurrentes las costas causadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

**Andrés Martínez Arrieta José Ramón Soriano Soriano**

**Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Joaquín Giménez García**

**10881/2015P**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro**

**Fallo: 18/10/2016**

Recurso Nº: 10881/2015

**Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SEGUNDA SENTENCIA Nº: 852/2016**

**Excmos. Sres.:**

**D. Andrés Martínez Arrieta**

**D. José Ramón Soriano Soriano**

**D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

**D. Alberto Jorge Barreiro**

**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 once de Noviembre de dos mil dieciséis.

En la causa sumario nº 2/2010, del Juzgado de instrucción número 30 de Barcelona, seguida por delitos de asesinato y asociación ilícita contra **Olegario Rosendo** , con DNI NUM005 , nacido en Daule (Ecuador) en fecha NUM006 de 1989, hijo de **Julian Torcuato** y **Maria Beatriz** ; **Arsenio Bienvenido** , con DNI NUM007 , nacido en Honduras en fecha NUM008 de 1989, hijo de **Elias Prudencio** y **Cristina Zaida** ; **Ildefonso Octavio** , con NIE NUM009 , nacido en Lago Agrío (Ecuador), en fecha NUM010 de 1988, hijo de **Conrado Teodulfo** y **Emma Ines** ; **Raul Nicanor** , con DNI NUM011 , nacido en Guayaquil (Ecuador), en fecha NUM012 de 1990, hijo de **Eutimio Moises** y **Flor Victoria** ; **Paulino Oscar** , con NIE NUM013 , nacido en Guayaquil (Ecuador), en fecha NUM014 de 1990, hijo de **Alexis Maximino** y **Felisa Irene** ; **Severino Urbano** , con NIE NUM015 , nacido en Quito (Ecuador), en fecha NUM016 de 1988, hijo de **Crescencia Filomena** ; **Emiliano Genaro** con NIE NUM017 , nacido en Guayaquil (Ecuador), en fecha NUM018 de 1991, hijo de **Leoncio Tomas** y **Irene Delfina** y otros, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima dictó en el Rollo de Sala 4/2012-K sentencia en fecha 28 de enero de 2015 , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado **Alberto Jorge Barreiro**.

## **I. ANTECEDENTES**

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia, excepto los hechos relativos a los delitos de tentativa de asesinato por los que fueron condenados los acusados Paulino Oscar y Ildfonso Octavio , hechos que no se ratifican como ciertos con respecto a ellos.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Al haber quedado excluida la autoría de los acusados Paulino Oscar y Ildfonso Octavio con respecto a los dos delitos de tentativa de asesinato, se absuelve a los dos de ambos tipos penales, con declaración de oficio de las costas que se les impuso por esa condena en la Audiencia Provincial, manteniéndose su condena como autores del delito de ser miembros activos de asociación ilícita.

## III. FALLO

**Absolvemos** a Paulino Oscar y Ildfonso Octavio de los dos delitos de tentativa de asesinato que se les imputan y de la responsabilidad civil que llevan aneja, con declaración de oficio de las costas que se les impuso por esa condena en la Audiencia Provincial. Se mantiene la condena como autores del delito de miembros activos de asociación ilícita.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

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

**Andrés Martínez Arrieta José Ramón Soriano Soriano**

**Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Alberto Jorge Barreiro**

**Joaquín Giménez García**

**PUBLICACIÓN** .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, mientras se celebraba 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.