



Roj: **SAP Z 1122/2018 - ECLI:ES:APZ:2018:1122**

Id Cendoj: **50297370062018100201**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **6**

Fecha: **15/05/2018**

Nº de Recurso: **361/2018**

Nº de Resolución: **141/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **RUBEN BLASCO OBEDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA

SECCION SEXTA

ROLLO DE APELACION (RP) Nº 361/2018

SENTENCIA NÚM. 141/2018

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ILMOS. SEÑORES

PRESIDENTE

D. RUBÉN BLASCO OBEDE

MAGISTRADOS

D. CARLOS LASALA ALBASINI

D. ALFONSO BALLESTIN MIGUEL

D. FRANCISCO JOSÉ PICAZO BLASCO

En Zaragoza, a quince de Mayo de dos mil dieciocho.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, constituida por los Ilmos. Señores que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación las Diligencias de Procedimiento Abreviado núm. 149/2016, procedentes del Juzgado de lo Penal número Tres de Zaragoza, **Rollo núm. 361/29018**, seguidas por delito de lesiones, contra Matías, cuyos datos personales ya constan en la sentencia impugnada, en libertad provisional por esta causa, representado por la *Procuradora Doña Rosario Viñuales Royo* y defendido por el letrado D. Ignacio Loyola Rada Ramírez. Jose Francisco, cuyos datos personales ya constan en la sentencia impugnada, en libertad provisional por esta causa, representado por la *Procuradora Doña Ana Sebastián Marta* y defendido por el letrado D. Armando Martínez Pérez. Es parte acusadora el MINISTERIO FISCAL. Es Ponente en esta apelación el Ilmo. Sr. Magistrado **D. RUBÉN BLASCO OBEDE**, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En los citados autos recayó sentencia con fecha 12 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva se da por reproducida.

SEGUNDO .- La sentencia apelada contiene la siguiente relación de hechos probados que se acepta. *El Tribunal Supremo en sentencia de 12 de diciembre de 2013 (nº.1057/2013; ROJ: STS 6561/2013; recurso: 372/2013) declaró a la banda latina Dominican Don't Play (DDP) una asociación ilícita por su especial peligrosidad por ejercer una violencia y un odio sobre las personas que consideran sus enemigos, entre otros a individuos de origen sudamericano. Constituye un grupo urbano que opera en España desde diciembre de 2004, formado por jóvenes fundamentalmente de origen dominicano, con una estructura jerarquizada, organizada en «Coros», que*



son agrupaciones locales. Su objetivo externo más definido es la defensa del territorio que consideran propio, lo que provoca conflictos con otras bandas rivales. Sobre las 23.30 horas del día 12 de Julio de 2015, en el paseo de Calanda en confluencia con la calle Bolivia de Zaragoza, tres individuos siendo dos de ellos los acusados Matías y Jose Francisco , ambos en esa fecha mayores de edad y sin antecedentes penales, miembros de la banda denominada "Coro de Zaragoza" subgrupo de la banda Dominican Don't Play (DDP), que aglutina entorno a una veintena de persona en Zaragoza y banda que siguiendo las directrices de la principal siempre actúa en grupo con exclusión del resto de las persona ajenas al mismo en defensa de aquellas zonas que consideran su territorio ejerciendo una violencia y un odio desproporcionado sobre aquellas personas que consideran sus enemigos entre las que se encuentran aquellos individuos de origen sudamericano que no pertenecen a su banda, agredieron Nazario de la misma nacionalidad que los acusados por el motivo de que no querer entrar dentro de la banda. Iniciada la agresión por los acusados sin provocación por parte de Nazario , intervinieron para defenderle sus dos hermanos Luis Alberto y Bartolomé que no hicieron otra cosa que defenderse de la agresión lanzando mesas y sillas contra los acusados y contra otros miembros de la banda que en escaso tiempo acudieron al lugar avisados por ellos.

A consecuencia de esto Nazario resultó con heridas en cuero cabelludo, lengua y labio inferior, equimosis preorbitaria derecha con erosiones palpebrales y erosión en región esternal que tardaron en curar 8 días precisando tratamiento quirúrgico con sutura de las heridas y posterior retirada de puntos con incapacidad durante un día.

TERCERO .- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Jose Francisco y Matías alegando como motivos de los recursos: error en la valoración de la prueba e infracción de normas del ordenamiento jurídico; y admitidos en ambos efectos se dio traslado, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Audiencia, teniendo lugar la votación y fallo del recurso el 11 de Mayo de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia que les considera autores de un delito de lesiones, se alzan los apelante es solicitando su absolución, impugnando ambos las diligencias de reconocimiento en rueda practicadas por la víctima ante el juzgado instructor, alegándose en contra del valor incriminatorio de las mismas textos publicados por la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial y de los que se hace eco alguna sentencia. Se acogen los acertados razonamientos de la sentencia impugnada y se hacen algunas puntualizaciones a los efectos de dar respuesta a los recursos. Sobre la cuestión suscitada en relación a los reconocimientos en rueda, exponemos la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

1.- El Tribunal Supremo viene reiterando que la valoración como prueba de cargo de esa diligencia corresponde hacerla al órgano sentenciador. La Sentencia 18/2017 de 20 de Enero de 2017, Recurso 10261/2016 , nos doce que la STS 16/2014 de 30 de enero , con cita de las SSTS 617/2010 de 24 de junio , 1386/2 009 de 30 de diciembre y 503/20 08 de 17 de julio, sintetiza la doctrina general sobre la operatividad procesal y eficacia probatoria de los reconocimientos fotográficos policiales y argumenta que " los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes " En el mismo sentido, los Autos 647/2015, de 16 de Abril de 2015, Recurso 10797/2014, y 2351/2013 de 12 de Diciembre de 2013, Recurso 10785/2013.

2.- Sobre la fiabilidad de los reconocimientos en rueda, la citada Sentencia 18/2017 nos dice que e existen una serie de factores que afectan a la exactitud de una identificación visual (lo recordaban las SSTS 703/2012 de 28 de septiembre ; 901/20 14 de 30 de diciembre o la 473/20 16 de 1 de junio). Unos, los ambientales y personales que afectan a la memoria de un testigo presencial durante la percepción inicial del suceso y el posterior período de retención, como las condiciones de luz, el lugar donde se produce el hecho, la duración del suceso, el tiempo de exposición de la cara del autor, la distancia entre el autor y el testigo, el número de agresores, e incluso la raza.



En segundo lugar existen otros intraprocesales, que pueden afectar a la fiabilidad del reconocimiento, y que obligan a constatar que el procedimiento que culmina con el mismo se ha llevado a efecto en todas las fases de la investigación policial y judicial en las mejores condiciones posibles, sin dar lugar a sesgos condicionados por los propios investigadores.

SEGUNDO .- De la valoración conjunta de las declaraciones testificales de cargo, se llega a la conclusión de que inicialmente eran tres personas las que agredieron a la víctima, aunque posteriormente pudieron unirse otras más, habiéndose identificado de esos tres primeros agresores a los dos acusados.

1.- Nazario al folio 173 de las actuaciones como uno de los agresores identifica a Matías y al folio 175 a Jose Francisco , ratificando en el juicio oral el reconocimiento de Matías y manifestando algunas dudas en lo concerniente a Jose Francisco , respecto del cual afirma que no puede asegurar si era uno de los que estaban pegándole. Conocía a sus agresores aunque no sabía los nombres. De estas manifestaciones desprende que tres atacantes pegaron al lesionado y que Matías era uno de ellos, ofreciendo alguna duda sobre Jose Francisco .

2.- Luis Alberto manifiesta que fueron tres personas las que golpearon a su hermano, identificando en el juicio oral como una de ellas al que llama "el Sardina " o "el Chispas " y que señala como Jose Francisco . Ratifica que eran tres individuos miembros de la banda que conoce de vista desde hace tiempo; añadiendo que Jose Francisco pegó con otro individuo, el colombiano que se fué a Colombia; el otro, con alusión a Matías , dice que también se metió a pegarle y que estaba allí, refiriendo que se tuvieron que defender con sillas y mesas para protegerse. Ciertamente que en el Juzgado de Instrucción no consta que hiciera identificación alguna, pero ha de tenerse en cuenta que esa declaración la hizo en condición de investigado, no como testigo. Por lo tanto, en el plenario este testigo no tiene duda alguna de que uno de los agresores fue Jose Francisco .

3.- Bartolomé también afirma que Jose Francisco le pegó a su hermano al que igualmente identifica como "el Chispas ". Eran tres los que estaban pegando a su hermano y luego llegaron más. Les conocía de vista a los tres. Le pegó Jose Francisco y otro no presente en el juicio. Primero pegó uno y luego los otros dos, señalando al primero que pegó como a Jose Francisco . Ciertamente que en el Juzgado de Instrucción no consta que hiciera identificación alguna, pero ha de tenerse en cuenta que esa declaración la hizo en condición de investigado, no como testigo. Por lo tanto, en el plenario este testigo no tiene duda alguna de que uno de los agresores fue Jose Francisco .

4.- Los Policías Nacionales NUM000 y NUM001 declaran en el plenario que al llegar al lugar vieron como salían corriendo los dos acusados, a los que conocen de anteriores intervenciones, apareciendo al folio 5 de las actuaciones como en el atestado se dice que los agresores que marcharon huyendo del lugar son Matías y Jose Francisco , siendo significativo respecto de este último que cuando se llevó a cabo la comparecencia de los agentes intervinientes no había sido detenido todavía. En concreto, el *Policia Nacional NUM001* dice que no recuerda a quien identificó. Si está puesto en comparecencia serían los que se identificaron y si se hizo constar en el atestado es porque fueron ellos. Estaban abandonando el lugar. A Jose Francisco y a Matías los conocen por intervenciones anteriores y aclara a preguntas de la defensa por qué pudo verlos al llegar a lugar de los hechos. De lo dicho en el plenario, esto Agentes no tienen duda de que tomaron parte los dos acusados que salieron corriendo de un lugar en el que niegan haber estado.

El Policía Nacional NUM002 detuvo a Matías por las indicaciones que se les habían dado y afirman que dieron las descripciones de las personas que habían huido del lugar y cree que dieron incluso el nombre porque les conocían de otras intervenciones.

El Policía Nacional NUM003 declaró que había sillas tiradas, mesas, ceniceros. Que cuando se acercaban al lugar de los hechos les dijeron que había varios que habían huido y salieron a buscarlos. Dieron con Matías .

Y el Policía Nacional NUM004 manifiesta que no recuerda las caras de los intervinientes. Que salieron varias personas corriendo. No sabe si se dieron mensajes a otros indicativos. Llegó antes un coche y luego ellos.

5.- En consecuencia, de la valoración conjunta de las pruebas dichas, no solo de una de ellas, se llega al convencimiento de que los dos acusados formaban parte del grupo de tres personas que agredieron a la víctima. Los Agentes que acudieron al lugar en el primer momento claro que no vieron la agresión, pero sí a los dos encausados que niegan su participación en la agresión, y la descripción que hicieron llevó a otros indicativos a la detención de Matías un tiempo después. Ciertamente que este no presentaba signos de haber sido agredido ni de haber participado en una pelea, pero es que, aunque se produjo un altercado de importancia, no consta más lesionado que el denunciante que tampoco puede decirse que tuviera lesiones graves.

Y frente a las pruebas inculcatorias dichas carecen de virtualidad las testificales de descargo de Socorro y Marta presentadas por los imputados, que no se acogen por los mismos argumentos contenidos en la sentencia. El seguimiento de Jose Francisco por parte de un educador se acredita con el testimonio del



mismo. Y la declaración de la novia de Matías debe ser examinada con toda cautela al ser una manifestación exclusivamente exculpatoria como coartada de alguien no presente en los hechos y que se contradice abiertamente con quienes tomaron parte en ellos, directamente o presenciando al final de los mismos.

La doctrina de la persistencia en las declaraciones se elaboró para las de la víctima, no respecto de los acusados.

TERCERO .- Se impugna por la defensa de Matías la aplicación de la agravante de actuar por motivos racistas.

1.- La Sentencia 314/2015 de 4 Mayo de 2015, Recurso 10749/2014 , nos dice que la inclusión de esta circunstancia en el Código Penal de 1.995 respondió, según la Exposición de Motivos de la L.O. 4/95, a que "la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decisiva para luchar contra ella", no habiendo España "permanecido ajena al despertar de este fenómeno". En cuanto a su ampliación en la circunstancia ahora examinada, 4ª del art. 22, responde a una realidad social que evidencia la existencia de tales motivaciones en alarmantes hechos delictivos (STS 360/2010, de 22 de abril). Por ello para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE . Se trata en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno. Resulta, por ello, innecesario señalar que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante. Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito. En efecto, ha de recordarse que la Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los dos extremos del espectro político, incluso podría decirse que tampoco prohíbe las ideas que, por su extremismo, se sitúen fuera de ese amplio espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas. La tolerancia con todo tipo de ideas, que viene impuesta por la libertad ideológica y de expresión, no significa condescendencia, aceptación o comprensión, sino solamente que las ideas, como tales, no deben ser perseguidas penalmente. Pero, en cualquier caso, no se encuentran bajo la protección constitucional la realización de actos o actividades que, en desarrollo de aquellas ideologías, vulneren otros derechos constitucionales como ocurre en el presente caso.

2.- Dicho esto, de lo actuado se desprende que lo sucedido era que el perjudicado se negaba a formar parte de la banda a la que pertenecían los acusados, y a juicio del Tribunal esto no tiene una incardinación clara en la agravante del artículo 22.4 del Código Penal . No es puramente una cuestión de ideologías, sino de castigo a una determinada decisión personal, motivo por el cual se estima el recurso, lo que se extiende también al otro acusado aunque se trata de una circunstancia personal, pues la misma deriva de la pertenencia a una banda, hecho objetivo que en el presente no conduce a la estimación de la agravación.

3.- Se impone la pena de un año y tres meses de prisión, que se encuentra en la mitad inferior de la fijada por el artículo 147 del Código Penal que va de seis meses a tres años, y ello al no concurrir ninguna circunstancia atenuante que pudiera llevar a la imposición del límite inferior de la pena de prisión y dada la mayor reprochabilidad de la acción basada, ciertamente, en una violencia callejera que ha de ser combatida firmemente, significándose que la pena impuesta por el Juzgado de Lo Penal, de un año y ocho meses de prisión, no se integra en la mitad superior, que es la acogida en la sentencia recurrida, ya que dicha mitad va de un año y nueve meses a tres años.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

ESTIMAR en parte los recursos de apelación formulados por las representaciones de Jose Francisco y Matías , contra la sentencia dictada con fecha 12 de marzo de 2018 por la Ilma. Sra. Magistrado- Juez Titular del Juzgado de lo Penal núm. Tres de Zaragoza, en las Diligencias de Procedimiento Abreviado núm. 149/2016 y, en consecuencia, **revocamos parcialmente dicha resolución** y dejamos sin efecto la aplicación de la agravante de motivos ideológicos imponiendo la pena de **un año y tres meses de prisión** a cada uno de los acusados, manteniendo el resto de la sentencia no afectado por esta declaración, sin hacer imposición de las costas de esta segunda instancia.



Esta sentencia es firme y contra ella no cabe recurso. Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes y únase el original al libro de sentencias, llevándose al rollo testimonio de la misma.

A efectos de que tenga conocimiento de esta sentencia, notifíquese también al perjudicado no personado .

Devuélvanse las actuaciones de primera instancia al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, juzgando definitivamente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el M.I. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha esta Audiencia Provincial. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ