

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 378/2009

*RECURSO CASACION N°:*2018/2007

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid

Fecha Sentencia: 27/03/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: CPB

Delito de asociación ilícita. Testigos anónimos: concepto y diferencia con el testigo oculto.

Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Efecto: reposición de las actuaciones y reiteración del juicio oral.

Nº: 2018/2007

Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro

Vista: 12/03/2009

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 378/2009

Excmos. Sres.:

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Luciano Varela Castro
D. Siro Francisco García Pérez

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 veintisiete de Marzo de dos mil nueve

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuestos por los

procesados **ERIC JAVIER VELASTEGUI JARA** representado por la procuradora Dña. Olga Martín Márquez, **JOSE FABRICIO ICAZA LAZO** representado por el procurador D. Alfonso de Murga Florido, **MARIA TORRES OLIVER** representada por el procurador D. Juan Francisco Rodríguez Martín, **ARNALDO ANDRES MOLINA NIEVES** representado por la procuradora Dña. Gracia Esteban Guadalix, **DENYS GARY PIZA MEDINA** representado por la procuradora Dña. Sandra Osorio Alonso, **PABLO ANTONIO SANCHEZ FERRER** representado por la procuradora Dña. Irene Gutiérrez Carrillo **PABLO EFRAIN VILLEGAS ENGRACIA** representado por la procuradora Dña. María Mercedes Pérez García, **GEOVANNY JOSE CANO VILLEGAS** representado por el procurador D. Jose Luis Sánchez Sanfrutos y **CARLOS ANTONIO NAVAS ZAMBRANO** representado por la Procuradora Dña. Elena Galán Padilla, contra la sentencia dictada por la Sección decimoquinta de la **Audiencia Provincial de Madrid con fecha 14 de junio de 2007** por un delitos continuado de asociación ilícita, coacciones y amenazas. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida **LA ASOCIACIÓN DE SANDRA PALO PARA LA DEFENSA DE LAS LIBERTADES** representada por el Procurador D. Eusebio Ruiz Esteban. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Collado Villalba, instruyó Procedimiento Abreviado nº 52/2006 contra Eric Javier Velastegui Jara, José Fabricio Icaza Lazo, María Torres Oliver, Carlos Enrique Zúñiga Moncada, Arnaldo Andrés Molina Nieves, Denys Gary Piza Medina, Argelis Wilfrido Aguiño Neira, Jackson William Cedeño Villamar, Pablo Efrain Villegas Engracia, Geovanny José Cano Villegas; Carlos Antonio Navas Zambrano, Rafael Marcos Adriano Vivanco, Pablo Antonio Sánchez Ferrer, y Javier Efrain Brito Chica, por delitos de asociación ilícita, coacciones y amenazas y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 14 de junio de 2007, en el rollo nº 69/2006 dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"El día 14 de febrero de 2000, el acusado Eric Javier Velastegui Jara (conocido también con el apodo de King Wolverine) fundó en España, en la localidad de Galapagar (Madrid), la Sagrada Tribu América Spain (STAS) de la Todopoderosa Nación de los Reyes y Reinas Latinos (Almighty Latin Kings&Queens Nation: ALKQN), comunidad que tiene su origen en los Estados Unidos de América, sobre los años treinta-cuarenta del siglo pasado, y que se estableció a principios de los años noventa en Ecuador. A tal efecto, en la precitada fecha del año 2000 el referido acusado confeccionó un "manifiesto" fundacional, que en realidad es una adaptación del documento de igual naturaleza que ya existía en Ecuador, y en el que se atribuye el carácter de miembro fundador de la Nación. En el manifiesto también se reseñan como miembros fundadores a los acusados José Fabricio Icaza Lazo (apodado King Baby Black) y María Torres Oliver (apodada Queen Maverick), además de otras personas contra las que no se sigue el proceso.- En esta primera fase de formación la Sagrada Tribu América Spain todavía carecía de una estructura mínimamente asentada. Era dirigida por el acusado Eric Javier Velastegui, a quien conocían también como el padrino, y a sus órdenes aparecían en segundo lugar de la organización los referidos José Fabricio Icaza, con la condición de príncipe, y María Torres, como madrina.- Por debajo de estos dos últimos figuraban los también acusados Geovanny José Cano Villegas (apodado King Cano) y Rafael Marcos Adriano Vivanco (King Chino Mav), que desempeñaban los cargos de oficiales de cada uno de los dos capítulos que en un primer momento existieron en el marco territorial de esta Comunidad Autónoma.- Según transcurría el tiempo, la Nación Latin King se fue expandiendo y adquiriendo una organización más compleja en nuestro país y una estructura mucho más jerarquizada. Y así, se instauraron cuatro reinos: Madrid, Barcelona, Valencia y Murcia. Al reino establecido en la Comunidad de Madrid se le llamo Reino Inca, y al de Barcelona se le denominó Reino Hispano. En la zona de Madrid, que es la que interesa a los efectos de este proceso penal, la organización se subdividía territorialmente en capítulos, que eran las células territoriales básicas. Cada capítulo estaba dirigido por cinco oficiales o coronas estructurados jerárquicamente por el siguiente orden de mayor a menor rango: inca, cacique, jefe de guerra, tesorero y maestro. El jefe de guerra estaba auxiliado en su labor por dos miembros llamados perlas: uno con labor investigadora y otro encargado de ejecutar las sanciones. Por encima de cada capítulo existía un príncipe de corona, y sobre éste se hallaban cinco sujetos denominados supremas, que a su vez se sometían a otros cinco conocidos como sagrados, culminando la pirámide

organizativa en el llamado padrino, Eric Javier Jara Velastegui, que estaba protegido por los denominados leones, uno dorado y otro negro, quienes además mandaban sobre los sagrados, a quienes transmitían las órdenes del jefe máximo o padrino.- Los capítulos se reunían normalmente una vez a la semana, y en ellos se tomaban las decisiones relativas a la organización, admisión de nuevos miembros, pagos de cuotas, régimen disciplinario, etc. También se celebraba reuniones de posición, a las que acudían sólo los dirigentes y en las que se fijaban las directrices a seguir por la Nación en el territorio de un reino. Con periodicidad mensual se convocaban reuniones generales, a las que, en principio asistían todos los miembros de un reino. Y una vez al año se celebraba una reunión universal a la que eran convocados todos los miembros de la Sagrada Tribu América Spain. También tenían una normativa interna a la que denominaban literatura, y que, en principio, tenían obligación de conocer todos los integrantes de la Sagrada Tribu. Aparte del ya referido manifiesto o carta fundacional, la literatura estaba integrada por un régimen disciplinario en el que se contemplaban las distintas clases de faltas o infracciones en que podían incurrir los miembros de la comunidad Latin King, así como los castigos que se les imponían ("pared general, "360", etcétera).- Los colores identificativos de la Nación Latin King son el negro y el dorado, y el símbolo es una corona de cinco puntas, que representan los valores que postulan (respeto, honestidad, unidad, conocimiento y amor).- Para ingresar en la Nación Latin King se requería, pasar por varias fases: la de observación, la de five life y, por último, la probatoria. Con tal motivo se realizaban en ocasiones pruebas consistentes en actos violentos, ya contra los propios neófitos ya de éstos contra terceros. Violencia que en ocasiones también se aplicaba contra los miembros que pretendían abandonar la banda, ya sea en forma meramente intimidatoria o física.- En el aspecto económico, la organización se financiaba mediante las cuotas que semanalmente tenían que aportar sus miembros en las distintas reuniones o capítulos, y cuya cuantía oscilaba entre 1,5 y 3 euros, al margen de otros desembolsos extraordinarios destinados a ayudar a las familias de los miembros que caían presos o para sufragar los gastos del letrado.- En el llamado manifiesto o carta fundacional se recogen como objetivos de la comunidad o Nación la oposición al racismo, a la hipocresía y la desigualdad social, y al abuso y la opresión contra la raza latina. También se habla de fomentar el estudio, el trabajo digno y los negocios y oficios. Pero junto a ello, se hace una referencia específica a "derramar nuestra sangre y dar la vida si es necesario para luchar en contra de los que nos nieguen y defender nuestra querida

y poderosa nación". Y más adelante, después de relacionar algunos de los grupos enemigos, entre ellos los ñetas y los vatos locos, se afirma que "ellos son nuestros enemigos y nunca los dejaremos crecer porque por manos de ellos han muerto muchos hermanitos. Nosotros tenemos que aprender a reconocerlos y someterlos o tumbarlos con todo nuestro rencor".- En los dos o tres primeros años de su existencia no se conocen actos especialmente violentos de los Latin Kin's, o cuando menos no constan fehacientemente acreditados en la causa. Sin embargo, a partir del año 2004 sí se aprecian actos violentos e intimidatorios de la organización, tanto en el ámbito interno como en el externo, enfrentándose con cierta asiduidad con algunos otros grupos, especialmente con los llamados ñetas. A este respecto, se constata que la organización ha derivado hacia conductas violentas y a ajustes de cuentas con otras bandas motivados en gran medida por la competencia en la ocupación exclusiva de distintos territorios de la Comunidad de Madrid, actuación que coincide con el comportamiento agresivo de algunos dirigentes de la organización. De modo que tales conductas han centrado los debates y los objetivos de las reuniones y capítulos, constituyendo un aspecto nuclear de la actividad de la Nación Latin King en Madrid.- **1) El acusado Eric Javier Velastegui** (King Wolverine o el padrino), nacido el 4-V-1977, fue detenido e ingresado en prisión el 14 de mayo de 2003 por hallarse implicado en un delito de violación. Por lo cual, y ante el descabezamiento de la organización, Eric Javier Velastegui acabó poniendo al mando de la organización a los acusados José Fabricio Icaza y María Torres Oliver.- En el curso del año 2005 y principios del año 2006 se vieron implicados en actos violentos o intimidatorios algunas de las personas que pasaron a ejercer el mando de la comunidad o nación en la zona o reino de Madrid; realizando una serie de conductas violentas en el ámbito de la organización. Durante ese tiempo el acusado Eric Javier Velastegui seguía supervisando desde el centro penitenciario en que se hallaba preso la marcha de la organización y marcaba sus directrices a través de los sujetos que actuaban como dirigentes, fundamentalmente José Fabricio y María Torres.- **2) El acusado José Fabricio Icaza Lazo** (King Baby Black), nacido el 2-IX-1977, desempeñaba en el año 2005 el cargo de príncipe dentro de la organización, en cuya condición promocionaba a los miembros a los distintos cargos y también los degradaba cuando incurrían en alguna infracción interna, y actuaba a modo de coordinador y cabecilla general. Con tal motivo, supervisó personalmente la agresión contra el testigo protegido T 57, en un colegio de Collado Villalba, comprobando cómo se le aplicaba por otros miembros de la organización un castigo físico al testigo, a

quien le fueron propinadas patadas y puñetazos por distintas partes del cuerpo, por haber faltado al respeto a uno de los dirigentes (King Rocco). A consecuencia de los golpes el TP 57 sufrió una contusión cervical, otra contusión y un hematoma en región dorsal, contusión en región lumbar, erosiones y excoriaciones en la espalda, contusión y hematoma en codo derecho, erosiones y excoriaciones en codo derecho y erosiones en rodilla derecha, heridas de las que tardó en curar quince días, de los cuales 7 estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, precisando para su sanidad sólo una asistencia facultativa consistente en collarín cervical preventivo y analgésicos.- José Fabricio también dio orden, tras una reunión celebrada en Colmenarejo el 1 de mayo de 2005, de que había que ir a matar ñetas a Majadahonda, si bien después la orden no llegó a ejecutarse por impedirlo la actuación policial. Y asimismo en esa reunión José Fabricio, junto con otros, agredieron por cuestiones internas a un tal Gustavo, miembro del grupo. También dio órdenes José Fabricio de agredir al testigo protegido nº 53. La orden la cumplieron otros cinco miembros'y el testigo tuvo que ser asistido en un centro médico.- 3) La acusada **María Torres Oliver** (Queen Maverick), nacida el 27-III-1982, era la persona que, además de su intervención desde los inicios, tal como ya se ha reseñado, en la organización de la Nación en la condición de fundadora, actuó como enlace entre el padrino, Eric Javier, y el resto de los dirigentes de la organización. En el año 2005 dirigía a las mujeres de la Sagrada Tribu America Spain. La sección Latin Queens de la Nación actuaba con cierta autonomía con respecto a los varones y no se conocen actos violentos en grupo atribuidos a las mujeres de la organización. No se ha probado que con motivo de esa función de dirigente, a mediados del año 2005, al conocer que las testigos protegidas T 54 y T 55 se disponían a abandonar el grupo, la acusada les exigiera un total de 1.200 euros, ni que conminara a la T 55 con quemarlas vivas a ambas en el caso de que no abonaran la referida cantidad.- 4) No se ha probado que el acusado **Javier Efraín Brito Chica** (King Nattim), nacido el 8-VII-1981, llegara a pertenecer a la organización Latin King como león negro de la comunidad o Nación en los primeros años de la organización. Y tampoco que cuando ingresó en prisión Eric Javier Velastegui, en el mes de mayo de 2004, pasara a hacerse cargo de la organización junto con Pablo Antonio Sánchez Ferrer, hasta que en el mes de marzo siguiente se acordó su prisión con motivo de su implicación en un delito de homicidio.- 5) El acusado **Rafael Marcos Adriano Vivanco** (King Chino Mav), nacido el- 28-V-1976, fue uno de los fundadores de la organización Latin King en España. Perteneció a la misma durante los años 2001 y 2002, siendo una de sus

funciones la de recaudar los fondos para la organización. En esa primera fase embrionaria desempeñó el cargo de oficial y llegó a ser suprema en ese tiempo. Por discrepancias con la forma en que llevaban las cosas los nuevos miembros que fueron entrando se retiró de la organización a finales del año 2002.- **6) El acusado Pablo Antonio Sánchez Ferrer** (King Baby Gold), nacido el 26-I-1983, desempeñó en la Tribu Sagrada America Spain la función de león dorado en los meses anteriores a su detención e ingreso en prisión, a principios del año 2004, debido a su implicación en un delito de homicidio. Con este motivo escribió una misiva a la acusada María Torres en la que criticaba el marchamo de la organización y les exigía a los nuevos directivos que dejaran la diversión y se dedicaran a los ñetas.- **7) El acusado Carlos Antonio Navas Zambrano** (King White o King Leche), nacido el 25-XII-1981, perteneció a la comunidad o Nación Latin King durante los años 2002 a 2005, llegando a ocupar el cargo de sagrado. Con motivo de su intervención en la dirección encomendó en dos ocasiones, en el curso del año 2005, a algunos miembros agredir a integrantes de otros grupos o a personas que se consideraban enemigos de los Latin Kings. Sin embargo, las agresiones finalmente no se consumaron.- **8) El acusado Carlos Enrique Zúñiga Moncada** (King Rocco), nacido el 21-III-1982, tenía la condición de sagrado dentro de la organización. Y en el mes de junio de 2005, con motivo de la celebración de una reunión general en Alcalá de Henares consideró que el TP 57le había faltado al respeto, por lo que exigió que fuera agredido como sanción. En vista de lo cual, en el curso de la reunión del capítulo de Collado-Villalba que tuvo lugar el 9 de julio de 2005 en un colegio próximo al cuartel de la Guardia Civil, el TP 57 fue agredido con patadas Y puñetazos por parte de los acusados Arnaldo Andrés Molina Nieves, Denys Gary Piza Medina, Argelis Wilfrido Aguiño Neira y Geovanny José Cano Villegas.- La acción fue supervisada por José Fabricio y Carlos Enrique Zúñiga. Como consecuencia de lo cual se le ocasionaron al referido testigo las lesiones que se han reseñado en el apartado 2.- **9) El acusado Arnaldo Andrés Molina Nieves** (King Sonny), nacido el 20-IX-1987, perteneció hasta su detención, en el mes de febrero de 2006, al capítulo Azteca, ubicado en la zona Vía Carpetana, de Madrid, en el que desempeñaba el cargo de tercera, es decir, jefe de guerra del capítulo.- **10) El acusado Geovanny José Cano Villegas** (King Cano), nacido el 7-VII-2001, desempeñó el cargo de inca en el capítulo de Collado Villalba. En el curso de la reunión del capítulo de Collado-Villalba que tuvo lugar el 9 de julio de 2005 en un colegio próximo al cuartel de la Guardia Civil, agredió, en compañía de otros acusados, al TP 57 con patadas y puñetazos,

tal como ya se ha relatado. La acción fue supervisada por José Fabricio y Carlos Enrique Zúñiga, y como consecuencia de ello se le ocasionaron al referido testigo las lesiones que se han reseñado en el apartado 2.- **11) El acusado Argelis Wilfrido Aguiño Neira**, nacido el 30-VIII-1982, desempeñó el cargo de cacique en el capítulo de Collado Villalba. Con motivo de la reunión del capítulo de Collado-Villalba que tuvo lugar el 9 de julio de 2005 en un colegio próximo al cuartel de la Guardia Civil, agredió, en acción conjunta con otros acusados, al TP 57 fue con patadas y puñetazos. La acción fue supervisada por José Fabricio y Carlos Enrique Zúñiga, tal como ya se ha reseñado, y como consecuencia de esa conducta agresora se le ocasionaron al referido testigo las lesiones que se han reseñado en el apartado 2.- **12) El acusado Pablo Efraín Villegas Engracia** (King Pinky), nacido el 12-VIII-1983, era uno de los miembros Latin Kings integrantes del capítulo de Collado-Villalba. El día 9 de noviembre de 2005 el referido acusado y otras personas que le acompañaban agredieron al TP 52 en el centro comercial El Zoco, de Villalba. Tal hecho lo denunció la víctima por iniciativa propia nada más suceder, acudiendo al cuartel de la Guardia Civil acompañado de su padre por ser menor de edad.- **13) El acusado Denys Gary Piza Medina** (King Yankee), nacido el 26-VI-1985, era el jefe de guerra del capítulo de Galapagar en el año 2005. En el curso de la reunión del capítulo de Collado-Villalba que tuvo lugar el 9 de julio de 2005 en un colegio próximo al cuartel de la Guardia Civil, agredió, en acción conjunta con otros acusados, al TP 57 con patadas y puñetazos, tal como ya se ha expresado en los apartados 2 y 8, en concreto Arnaldo Andrés Molina Nieves, Denys Gary Piza Medina, Argelis Wilfrido Aguiño Neira y Geovanny José Cano Villegas. La acción fue supervisada por José Fabricio y Carlos Enrique Zúñiga.- Como consecuencia de lo cual se le ocasionaron al referido testigo las lesiones que se han reseñado en el apartado 2. En septiembre del año 2005 agredió al TP 52 por haber abandonado a los Latin King para pasarse a los ñetas. En octubre de ese año, y con motivo de una reunión celebrada en su domicilio, proyectó a otros miembros del capítulo (un vídeo en el que se exhibía la imagen de miembros de los ñetas con el fin de reconocerlos para posibles enfrentamientos futuros.- **14) El acusado Jackson William Cedeño Villamar** (King Sombra), nacido el 5-III-1987, era miembro integrante de los Latin Kings en los años 2004 y 2005, pero no consta que haya agredido al testigo protegido TP 53, en la localidad de la Navata, una semana después de que éste abandonara la organización, ni tampoco que haya intervenido en la agresión contra el testigo protegido TP 52 el día 9 de noviembre de 2005.- Los acusados son todos de nacionalidad ecuatoriana, excepto María

Torres Oliver, que es de nacionalidad española. Eric Javier Velastegui ha sido ejecutoriamente condenado por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Madrid, en sentencia dictada el 23-IV-2004, que devino firme el mismo día, como autor de un delito de robo con violencia o intimidación, a la pena de tres años y seis meses de prisión. En sentencia dictada el 22-XI-2004 por la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid, ya firme, como autor de un delito de robo con intimidación mediante instrumento peligroso, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, y como autor de un delito de lesiones a un año y seis meses de prisión. En sentencia de 31-III-2005 dictada por la Sección 1ª de Audiencia Provincial de Madrid, ya firme, como autor de un delito de agresión sexual, a la pena de 12 años de prisión; como autor de un delito de robo con violencia a la pena de 5 años de prisión; y como autor de un delito de lesiones a 12 arrestos de fin de semana. Y, por último, en sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como autor de un delito de agresión sexual, a la pena de 12 años de prisión; como autor de un delito de detención ilegal a 4 años de prisión; y como autor de un delito de robo con violencia a 5 años de prisión.- Pablo Antonio Sánchez Ferrer ha sido ejecutoriamente condenado como autor de un delito de tentativa de asesinato, en sentencia dictada por esta Sección el 5-VII-2005, que quedó firme el 16-III-2006, a la pena de ocho años de prisión. Javier Efraín Brito Chica ha sido ejecutoriamente condenado como autor de un delito de tentativa de asesinato en sentencia dictada el 5-VII-2005 por esta Sección, que devino firme 16-III-2006, a la pena de ocho años de prisión. Dennys Gary Piza Medina ha sido ejecutoriamente condenado como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas en sentencia dictada el 7-V-2004, que quedó firme el mismo día, a la pena de un año de prisión.” (sic)

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

"FALLO.- Condenamos a Eric Javier Velastegui Jara, José Fabricio Icaza Lazo, María Torres Oliver, Pablo Antonio Sánchez Ferrer, Carlos Antonio Navas Zambrano y Carlos Enrique Zúñiga Moncada, como autores responsables de un delito de asociación ilícita, en la modalidad de directores o dirigentes de la organización, a las siguientes penas:- Eric Javier Velastegui Jara, la pena de **tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; **una multa de 20 meses**, con una cuota diaria de 4 euros, y una responsabilidad personal**

subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que dejare de satisfacer; y la pena de **inhabilitación especial para empleo o cargo público** por el tiempo de diez años.- **José Fabricio Icaza Lazo**, la pena de **dos años y seis meses de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; una **multa de 16 meses**, con una cuota diaria de 4 euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que dejare de satisfacer; y la pena de **inhabilitación especial para empleo o cargo público** por el tiempo de ocho años.- **María Torres Oliver**, la pena privativa de libertad de, **dos años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; una multa de 14 meses, con una cuota diaria de 4 euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que dejare de satisfacer; y la pena de **inhabilitación especial para empleo o cargo público** por el tiempo de 7, años.- **Pablo Antonio Sánchez Ferrer**, la pena de **dos años y cuatro meses de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; una **multa de 16 meses**, con una cuota diaria de 4 euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que dejare de satisfacer; y la pena de **inhabilitación especial para empleo o cargo público** por el tiempo de ocho años.- **Carlos Antonio Navas Zambrano y Carlos Enrique Zúñiga Moncada**, una pena, para cada uno de ellos, de **dos años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; una **multa de 12 meses**, con una cuota diaria de 4 euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que dejaren de satisfacer. Además la pena de **inhabilitación especial para empleo o cargo público** por el tiempo de seis años.- De otra parte, **condenamos a Andrés Molina Nieves, Argelis Wilfrido Aguiño Neira, Pablo Efraín Villegas Engracia, Geovanny José Cano Villegas y Denys Gary Piza Medina** como autores de un delito de **asociación ilícita**, en la modalidad de **miembros activos** de la organización, a las siguientes penas: **Andrés Molina Nieves**, **Argelis Wilfrido Aguiño Neira**, **Pablo Efraín Villegas Engracia y Geovanny José Cano Villegas**, una pena, para cada uno de ellos, de **un año y cuatro meses de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y una **multa de doce meses**, con una cuota diaria de cuatro euros, y una responsabilidad

personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que dejaren de satisfacer. Se sustituye la pena de prisión impuesta a Andrés Molina Nieves por la **expulsión del territorio nacional** a su país de origen, Ecuador, del cual no podrá regresar durante un periodo de diez años, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.- Y a **Denys Gary Piza Medina un año y seis meses de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y una **multa de 14 meses**, con una cuota diaria de cuatro euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que dejare de satisfacer.- **Absolvemos** a **Javier Efrain Brito Chica, Rafael Marcos Adriano Vivanco y Jackson William Cedeño Villamar** del delito de **asociación ilícita** que se les atribuye.- **Absolvemos** a **Eric Javier Velastegui Jara, José Fabricio Icaza Lazo, María Torres Oliver, Carlos Enrique Zúñiga Moncada, Arnaldo Andrés Molina Nieves, Denys Gary Piza Medina, Argelis Wilfrido Aguiño Neira, Jackson William Cedeño Villamar, Pablo Efrain Villegas Engracia, Geovanny José Cano Villegas, Carlos Antonio Navas Zambrano, Rafael Marcos Adriano Vivanco, Pablo Antonio Sánchez Ferrer y Javier Efrain Brito Chica**, del delito de **coacciones** que se les atribuye.- **Absolvemos** a los acusados **Denys Gary Piza Medina y María Torres Oliver** del delito de **amenazas** que se les atribuye.- **Condenamos** a **José Fabricio Icaza, Carlos Enrique Zúñiga, Geovanny Cano, Argelis Wilfrido Aguiño y Denys Gary Piza** como autores de una **falta de lesiones** a la pena de **un mes y quince días de multa**, con una cuota diaria de 4 euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que dejaren de satisfacer. **Absolvemos**, en cambio, a **Arnaldo Andrés Molina** de la referida falta.- Se acuerda la **disolución** de la Sagrada Tribu América Spain (STAS) de, la Todopoderosa Nación de los Reyes y Reinas Latinos (Almighty Latin Kings&Queens Nation: ALKQN) en lo que respecta a la sección o "reino" establecido en la Comunidad Autónoma de Madrid (Reino Inca).- En cuanto a las **costas procesales**, se le impone una cuarentaidosava parte a cada uno de los acusados **Eric Javier Velastegui Jara, José Fabricio Icaza Lazo, María Torres Oliver, Pablo Antonio Sánchez Ferrer, Carlos Antonio Navas Zambrano, Carlos Enrique Zúñiga Moncada, Andrés Molina Nieves, Denys Gary Piza Medina, Argelis Wilfrido Aguiño, Pablo Efrain Villegas Engracia Neira y Geovanny José Cano Villegas**. Las restantes treinta y una cuarentaidosavas partes se declaran de oficio.- Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad se les computa a

los condenados el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa.”
(sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por Eric Javier Velastegui Jara, Jose Fabricio Icaza Lazo, María Torres Oliver, Arnaldo Andrés Molina Nieves, Denys Gary Piza Medina, Pablo Antonio Sánchez Ferrer, Pablo Efrain Villegas Engracia, Geovanny Jose Cano Villegas y Carlos Antonio Navas Zambrano que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Recurso de Eric Javier Velastegui Jara

1º.- Por vulneración del principio de presunción de inocencia -art. 24. de la CE- y fundado en el art. 849.1 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ.

2º.- Al amparo del art. 850.1 de la LECrim. por denegación de diligencia de prueba.

3º.- Fundado en el art. 849.1 de la LECrim., por infracción por indebida aplicación de los arts. 515.1 y 517.1 y 2 del CP.

4º.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim., 5.4 de la LOPJ, por quebrantamiento del art. 24.1 y 2 de la CE y art. 4.3 de la LO 19/1994, de 23 de diciembre.

5º.- Al amparo del art. 851.1 de la LECrim., -contradicción y predeterminación-.

Recurso de José Fabricio Icaza Lazo

No cita preceptos.

Recurso de María Torres Oliver

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim. y art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24 CE -presunción de inocencia-.

2º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por infracción del art. 515.1 en relación con el art. 517.1 del CP.

3º.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim., por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Recurso de Arnaldo Andrés Molina Nieves

1º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por aplicación indebida (sic) de la pena mínima del art. 517.2 del CP.

2º.- Con el mismo amparo legal que el anterior denuncia infracción por aplicación indebida del art. 58 del CP y en relación item más (sic) con el art. 89 del CP.

Recurso de Denys Gary Piza Medina

ÚNICO.- Por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo, art. 515.1, 517.2, 520 del CP, e infracción del art. 24 y 25.1 de la CE, por vulneración del principio de presunción de inocencia, por vulneración del art. 22 de la CE y vulneración del art. 617.1 del CP.

Recurso de Pablo Antonio Sánchez Ferrer

1º.- Por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 de la CE y al amparo de lo prevenido en el art. 852 de la LECrim. y art. 5.4 de la LOPJ.

2º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción de los arts. 515 y 517 y concordantes del CP.

Recurso de Pablo Efrain Villegas Engracia

1°.- Fundado en el art. 849.1 de la LECrim. por infracción del art. 515.1 del CP.

Recurso de Geovanny José Cano Villegas

1° y 2°.- Con fundamento en los arts. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24 de la CE -presunción de inocencia-.

3°.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción del art. 515.1 de CP.

Recurso de Carlos Antonio Navas Zambrano

1°.- Por vulneración de la presunción de inocencia del art. 24 de la CE y al amparo del art. 5.4 de la LOPJ.

2°.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 y 2 de la LECrim. y art. 5.4 de la LOPJ por indebida aplicación del art. 517.1 del CP.

3°.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1 de la LECrim. - contradicción-

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 12 de marzo de 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No obstante los plurales motivos de casación formulados por los penados en la sentencia de instancia, conviene fijar los antecedentes comunes a todos ellos y, examinar con carácter previo el motivo común a los mismos, dado que su eventual estimación excluiría la necesidad de examinar los demás.

La sentencia recurrida estima que las personas agrupadas bajo la denominación *Sagrada Tribu America Spain de la Todo poderosa Nación de los Reyes y Reinas Latinos (ALJQN)* constituyeron una asociación ilícita en los términos del artículo 515 del Código Penal, es decir que asumió como objeto la comisión de acciones constitutivas de delito.

Sin embargo, matiza que ello no ocurrió desde su constitución. Y es que, pese a una prolija exposición como hechos probados de su organización y proclamación de ideario, la sentencia proclama de manera inequívoca que "en los dos o tres primeros años de su existencia no se conocen actos especialmente violentos de los denominados Latin Kin's" (sic), o, cuando menos, no constan fehacientemente acreditados en la causa. Sitúa en el año 2004 la constatación de "actos violentos e intimidatorios **de la organización** los cuales en enfrentamientos con otros grupos, especialmente con los denominados *ñetas*".

Como consecuencia de tal frontera en el tiempo, la sentencia no tiene obstáculo, sino que se siente obligada, a absolver a D. Rafael Marcos Adriano, pese a proclamar como hecho probado que era quien en tal periodo anterior a 2004 recaudaba fondos para la asociación desempeñando cargos de *oficial y suprema*.

Los pilares sobre los que se funda la construcción argumental de la sentencia recurrida son, según expone en el fundamento jurídico segundo: **(a)** el atestado de la Guardia Civil que, acompañando documentación intervenida, da cuenta de la incoación de 15 atestados por denuncias contra integrantes de la organización; **(b)** manifestaciones de los propios imputados y **(c)** declaraciones de testigos protegidos.

Pues bien, esa premisa de la sentencia es objeto de la totalidad de los recursos interpuestos que, invocando la garantía constitucional de **presunción de inocencia**, niegan que se acreditara que la asociación haya sido constituida para fines violentos, y tampoco que derivara posteriormente, en cuanto tal asociación,

hacia dicho tipo de actividades. Impugnan también los recursos la afirmación como probada de la respectiva participación de los penados como autores del citado delito.

No obstante, cualquiera que sea el orden de su alegación, es de **precedencia lógica** la denuncia que hace formal protesta acerca de la **validez del modo de producción de la prueba testifical** que concierne a ese tercer pilar de la imputación: la prueba testifical depuesta **por personas cuya identidad ha sido ocultada a las partes acusadas**.

Así el acusado D. Eric, en el motivo cuarto de su recurso denuncia *quebrantamiento o infracción de los artículos. 24.1 y 24.2 de la Constitución*, poniéndolo en relación con el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, lo que tiene amparo en el artículo 852 de la misma, aunque con obvio error, el recurrente lo funda en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y es que, en definitiva, el fundamento de la queja es, en los términos del motivo, "el derecho que tiene todo acusado a conocer la identidad de los testigos protegidos cuya declaración, precisamente, fundamenta los hechos denunciados".

Es decir el motivo se justifica, cualquiera que sea el modo de su exposición, en la vulneración del **derecho fundamental a un proceso con todas las garantías** (24.2 de la Constitución Española) y **a no sufrir indefensión** (24.1 CE).

El motivo, cuyo éxito habría de trasladar los efectos a los demás penados al amparo del artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se reitera en el apoyo que en la vista del recurso se formuló por la defensa del acusado D. Denys Gary. Y había sido formulada denuncia en el mismo sentido por la defensa de D. Eric y también por la acusada D^a María Torres en su escrito de calificación provisional. Y es motivo generalizado la denuncia de infracción de ley por negar los penados que la asociación tenga carácter de asociación ilícita.

En cuanto que de ello depende la valoración de la asociación como ilícita, y la corrección de dicha calificación jurídico penal, así como en gran medida la participación atribuida a los recurrentes, como justificación de su condena, ha de constituir preferente objeto de examen:

a) la suficiencia lógica de los medios de prueba válidos atendidos para, objetivamente, justificar la conclusión de condena, en la medida que lo exige la garantía constitucional de **presunción de inocencia** y

b) la **validez de la prueba** que la sentencia erige en base de su decisión, desde la perspectiva del derecho al **proceso con todas las garantías y a la tutela judicial sin indefensión**.

SEGUNDO.- Comenzaremos examinando la suficiencia de los medios probatorios ajenos al reproche de falta de validez de algunos otros. En efecto, si éstos se mostrasen como suficientes para satisfacer las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, cabría prescindir de la otra queja para confirmar la condena recurrida.

Conviene pues, recordar el contenido de la garantía constitucional de presunción de inocencia, como dijimos en nuestras Sentencias nº 65/2009 de 5 de febrero, y reiteramos en las nº 225/2009 de 2 de marzo, 248/2009 de 11 de marzo y 242/2009 de 12 de marzo, que para determinar si esa garantía ha sido desconocida, *lo que ha de constatarse es: a) las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena y b) la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables.*

*Por razón de a) deberá examinarse si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al método legalmente impuesto, de suerte que los medios de prueba sean considerados **válidos** y el debate se someta a las condiciones de **contradicción** y **publicidad**.*

*Por razón de b) deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las **afirmaciones** que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia **lógica**, se justifique esa conclusión partiendo de proposiciones tenidas **indiscutidamente por correctas**.*

*Lo que no ocurrirá si la sentencia condenatoria -única respecto de la cual adquiere sentido discutir la garantía de presunción de inocencia- parte del **vacío probatorio**, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminador y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público.*

*Pero, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, **además**, se requiere que las **objeciones** oponibles se muestran ya **carentes de motivos racionales que las justifiquen** de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables.*

*Bastará, eso sí, que tal justificación no se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. **Sin necesidad, para la consiguiente absolucón**, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad.*

TERCERO.- Examinada la justificación que la sentencia recurrida hace de sus conclusiones se puede constatar que, por un lado, adolece de falta de adecuación a la lógica, en cuanto a la vinculación que establece entre lo informado por algunos de aquellos medios de prueba y la imputación que establece como conclusión, y, por otro lado, precisamente por ello, acaba disponiendo, como único elemento de juicio del que derive su conclusión incriminatoria, de la declaración de los que denomina testigos protegidos aunque, como veremos, debería denominarlos anónimos.

Como dejamos adelantado, la sentencia se funda, en cuanto a la *fundación de la asociación y a los fines ilícitos de la misma*, y también en gran medida después para afirmar la diversa participación de los acusados, en dos medios probatorios no cuestionados en su validez (Fundamento jurídico segundo): **a)** El atestado de la Guardia civil y las declaraciones de sus agentes que como testigos lo ratificaron en el juicio oral y **b)** los supuestos reconocimientos por los propios acusados.

Por lo que se refiere a la información de la Guardia Civil, la sentencia solamente expone-en su página 21- que esta fuerza da cuenta de la incoación de

atestados por denuncias contra personas que, se dice, serían integrantes de la asociación: pero **no da cuenta de las circunstancias de los hechos denunciados, de la identidad de las personas, y ni siquiera se alude a cual pudo ser la suerte procesal que merecieron tales denuncias.**

En un prolijo relato el atestado afirma cual ha sido el origen de estos movimientos, la estructura y financiación del que nos ocupa, incluyendo una amplia relación de sus integrantes de los que predicen los informantes calidades y características en buena medida siguiendo, según advierten, las manifestaciones recogidas de testigos protegidos, que identifican por siglas. También se describen datos concernientes a actuaciones de dichos asociados que resultan muy distantes de comportamientos delictivos: recaudación, jerarquía, exigencia de responsabilidades, alquileres de locales para reuniones y convocatoria de éstas, en algunos caos se describen reuniones en las que uno de los integrantes impartiría "literatura" (contenido regulador del funcionamiento y valores de la asociación) a otros componentes, posesión de planos o se aventuran hipótesis que se formulan como tales y no como acontecimientos contrastados.

Pues bien, tal extensa información o bien resulta meramente afirmada, sin elementos de corroboración probatoria, o tiene un contenido inocuo o, en las expresiones que pudieran ser más reveladoras de una estrategia colectiva de los asociados para delinquir, aparece en términos absolutamente equívocos. Así cuando se dice que se imparten instrucciones para que se "inicie la guerra de los pueblos", frase a la que no se sigue ninguna referencia a actos delictivos concretos como referencia vinculada a tal expresión.

Lo anterior podemos conocerlo en la medida en que, en uso de la facultad que nos confiere el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hemos consultado las actuaciones, concretamente el tomo IV al que remite el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida. La sentencia guarda total silencio sobre cual ha sido el contenido concreto de las declaraciones de los guardias civiles en el juicio oral que determinó la convicción del Tribunal de instancia, omisión que no puede enmendarse de oficio por este Tribunal en este momento sin quiebra de la defensa de los recurrentes.

Ante tan estrepitoso silencio de la sentencia resulta imposible controlar la aceptabilidad de la inferencia por la que, desde ese desnudo dato, se llega a la concusión aquí debatida. Desde una perspectiva objetiva esos datos base -los leídos en el atestado- no son motivo para establecer la conclusión de que la asociación, a la que los allí denunciados pudieran pertenecer, había sido constituida, o devenido establecida de hecho con el fin de cometer los citados hechos violentos.

Menos aún si consideramos que el Tribunal de instancia ha decidido prescindir del contenido de las grabaciones de intervenciones telefónicas (fundamento jurídico primero. 2. -pagina 18 de la sentencia-) a las que el atestado de la Guardia Civil remite reiteradamente como aval de sus afirmaciones.

O si el propio informe se remite a la declaración de testigos protegidos -los números 051 y 053- de los que aquellos agentes serían mera referencia, pero que no ratificaron válidamente sus manifestaciones, como dejaremos expuesto más adelante.

Tampoco el denominado *Manifiesto* tiene un contenido inequívoco que avale las conclusiones que del mismo extrae la Guardia Civil redactora del atestado-informe.

Es decir, tal acervo probatorio no justificaría por sí solo la calificación de la asociación como ilícita sin quiebra de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

CUARTO.- Cuando la sentencia recurrida dice que los acusados declaran de tal manera que puede llegarse también a esa conclusión desde lo por ellos dicho, surge cierta perplejidad, porque lo único que llegan a admitir es su **pertenencia** a la asociación. Pero la sentencia **omite la más mínima referencia a cual sea la concreta declaración que le autoriza la conclusión discutida.**

Y es que la glosa que se hace -sin añadir ninguna otra declaración a tal efecto- de lo declarado por el acusado D. Carlos Antonio Navas, se refiere a que éste "admitió" en la vista que la asociación "se estropeó" cuando la dirigieron unos pocos violentos a partir del año 2005. Y se añade que algunos de éstos han sido condenados por delitos graves.

Pues bien, con independencia de la dificultad de cohonestar tal manifestación con la condena de ese acusado, ha de convenirse que entre valorar que la organización "se estropeó" y asumió, como tal, la comisión de delitos existe un trecho que la condena penal exige recorrer con argumentos lógicos y no inferencias casi en el vacío.

Y la indicación de existencia de condenas a cuatro integrantes de la organización por delitos, de los que no se hace la más mínima indicación que autorice a trasladarlos de su esfera estrictamente individual a la de la organización, es una indicación que no puede pretender justificar una condena por asociación ilícita de aquellos autores sin quiebra de las más elementales normas de la lógica y, en consecuencia, sin vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

QUINTO.- Lo anterior nos deja ante la aportación de elementos de juicio procedentes de los denominados testigos protegidos como única base probatoria que justifique el aserto del carácter ilícito de la asociación.

Pero este elemento resulta cuestionado en su *validez*. Lo fue en el motivo citado alegado por el acusado D. Eric. Y, antes, en la vista del juicio de la instancia, por expresa impugnación de D^a María Torres. De tal suerte reiteraban lo reclamado en sendos escritos de calificación. Y, conforme da cuenta la recurrida, a tal impugnación se adhirieron otros acusados.

A declarar la validez de este medio de prueba dedica la sentencia recurrida el apartado 1 del fundamento jurídico primero. Pero no podemos compartir su criterio.

Empieza por ser errónea la denominación que hace la sentencia al calificar a tales testigos de protegidos.

En efecto, en la práctica procesal la producción del medio de prueba testifical, diversa al de su ordinaria utilización, pueden manifestarse bajo múltiples modalidades, que enunciamos a continuación en orden de progresivo aumento de respeto a las exigencias del derecho a un juicio justo con todas las garantías, es

decir partiendo de las más intolerables y pasando por las admisibles con cautelas, hasta las declaradas como aceptables.

1^a.- El testigo describe un hecho a los agentes policiales, en condición o no de confidente, y su identidad permanece anónima, sin que llegue a declarar nunca ante órganos jurisdiccionales. Es el caso del denominado testigo anónimo en su más estricto sentido.

2^a.- El testigo es identificado por los agentes policiales pero tampoco efectúa ninguna declaración ante los órganos judiciales. En este, como en el anterior, se acude a la declaración del agente policial como testigo de referencia.

3^a.- El testigo es identificado y declara ante un órgano jurisdiccional, pero solamente en fase previa a la del juicio oral, en el que se introduce la declaración del testigo por referencia del agente policial o informe del órgano judicial que dirige la fase previa a la del juicio oral. La defensa no tiene ninguna oportunidad de interrogar a ese testigo en el juicio oral, aunque sí cuando declara en fase anterior a dicho juicio, siquiera permaneciendo oculta la persona del testigo y sin desvelársele su identidad.

4^a.- El testigo es identificado ante el órgano jurisdiccional, y declara en juicio oral, pudiendo la parte acusada dirigirle preguntas, pero su identidad se mantiene anónima para dicha defensa, ocultándose a la vista de la misma la persona del testigo, o, al menos ocultándose a la vista del acusado, pero no a la de su Letrado.

5^a.- La identidad del testigo es dada a conocer, pero éste declara, también en juicio oral, oculto a la vista del Letrado de la defensa o, al menos, a la vista del acusado y público, que sí pueden oírle.

Las modalidades 1^a y 2^a son en gran medida casos similares al decidido por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) en la Sentencia KOSTOVSKI vs Países Bajos, de 20 de noviembre de 1989. En la medida que no se dio al acusado una ocasión adecuada y suficiente para oponerse e interrogar al testigo, en el momento en que declare o con posterioridad, se declaró que se conculcaba el derecho a un juicio equitativo garantizado en el artículo 6 de la Convención

Europea, porque “*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, enemiga (hostil) o indigna de crédito*”. Un testimonio, o cualesquiera declaraciones en contra del inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permitan *fiscalizar el crédito que merece el autor o ponerlo en duda*. Son evidentes los peligros inherentes a una situación así”. El argumento del Gobierno Belga sobre *el temor* a represalias a los testigos ante casos de delincuencia organizada fue considerado *insuficiente para tal limitación* del derecho de defensa.

Similar doctrina fue establecida en la Sentencia del TEDH que decidió el denominado caso WINDISCH *vs* Austria, de 27 de septiembre de 1990. Vuelve a advertirse entonces que *Al desconocer su identidad, (de los testigos) la defensa sufrió una desventaja casi insuperable; le faltaban las necesarias informaciones para apreciar el crédito de los testigos o ponerlo en duda”*

Supuesto similar a la tercera hipótesis fue el considerado por el TEDH en la Sentencia del denominado caso VAN MECHELEN y otros *vs* Países Bajos, de 23 de abril de 1997, en el cual los testigos eran agentes de policía de los cuales solamente se proporcionó su número. Cuando los agentes declararon en esa fase previa, la defensa del acusado ignoraba la identidad de los mismos, y dado que durante el interrogatorio las partes y los testigos estaban en habitaciones diversas, fue **imposible** observar las reacciones de los testigos a preguntas concretas, dato éste que hubiese permitido **valorar su fiabilidad**, por lo que el TEDH concluye que se ha vulnerado el derecho a un juicio equitativo.

Es al llegar a la hipótesis del tipo de la 4ª antes enumerada cuando las cautelas adoptadas ante la limitación del derecho de defensa pueden llegar a tenerse por suficientes para dar por salvaguardado el derecho que venimos estudiando. El TEDH conoció un supuesto similar en el denominado caso DOORSON *vs* Países Bajos, de 26 de marzo de 1996. El análisis de este caso presenta dificultades para su traslado a nuestro sistema procesal, dadas las diferencias respecto del vigente en aquel país.

Prescindiendo de otros antecedentes, sobresale que el Tribunal de apelación, que no el que juzgó en la instancia inicial, ordenó que dos testigos fuesen examinados por el Juez de Instrucción, con intervención de la defensa, que, sin embargo, no pudo conocer la identidad de aquéllos. El tribunal de apelación, basándose en el informe del Juez de Instrucción, pero sin examinar aquél a los testigos, falló condenando.

El TEDH admite que se pondere (*balanced*) los intereses de los testigos y los de la defensa cuando se trata de usar las declaraciones vertidas en la investigación, en cuyo escenario admite la validez del testimonio anónimo. Y, en el caso, concluyó que la ponderación (*counterbalancing*) era suficiente. **No obstante** advirtió también que la convicción, que lleva a la condena, no puede estar basada **exclusivamente o de forma decisiva** sobre declaraciones anónimas, como lo eran las de los dos testigos cuya identidad no conoció la defensa, aunque la conociera el órgano jurisdiccional. De tal suerte que el rechazo de la demandada por el TEH se fundan en que en ese caso concreto el Tribunal que pronunció la condena no basó la declaración de culpabilidad exclusivamente o de forma decisiva en las declaraciones de los testigos identificados solamente con una clave. Con todo la sentencia contó con el voto disidente de dos de sus integrantes.

En esta línea cabe citar, ya finalmente, la Sentencia del TEDH que, dando contenido definitivo a su doctrina al respecto, resuelve el denominado caso **Birutis y otros contra Lituania de 28 de marzo de 2002** y en cuyo párrafo 29 se define:

*El Tribunal afirmó en la Sentencia **Doorson** contra Holanda de 26 marzo 1996 [TEDH 1996, 20] y en la Sentencia **Van Mechelen** y otros contra Holanda de 23 abril 1997 [TEDH 1997, 25], que el uso de declaraciones hechas por testigos anónimos para fundamentar una condena no es en todas las circunstancias incompatible con el Convenio. Sin embargo, si se mantiene el anonimato de los testigos de la acusación, la defensa se verá enfrentada a dificultades que el procedimiento penal no debería normalmente incluir. Por ello, el Tribunal reconoció que en esos casos, el artículo 6.1, considerado junto con el artículo 6.3 d), requiere que las dificultades con las que trabaja la defensa sean equilibradas de manera suficiente por el procedimiento seguido por las autoridades judiciales. Con esto en mente, **no se debe prohibir a un demandante que examine la fiabilidad de testigos anónimos** (véase Sentencia **Kostowski** contra Holanda de 20*

noviembre 1989 [TEDH 1989, 21], serie A, núm. 166, pg. 20, ap. 42). Además, ninguna condena debe estar basada únicamente o de manera decisiva en declaraciones anónimas (véase la anteriormente citada Sentencia Van Mechelen y otros contra Holanda, pg. 712, aps. 54-55).

Así pues 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 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.*

Entre nosotros el Tribunal Constitucional matizó también la diferencia entre testigos protegidos y testigo anónimos. Así en la Sentencia 64/1994, se cuestionaba únicamente la declaración en juicio de personas sin ser vistos por las partes, que sí podían oírles, considerándolos como testigos protegidos.

Se trataba de un caso de la hipótesis que hemos denominado 5ª, es decir aquella en la que menos sufrimiento se inflinge al derecho de defensa.

Sitúa el problema dentro del derecho a un juicio público con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 de la norma fundamental, lo que le lleva a analizar la declaración testifical controvertida 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.

Salva la primera (publicidad) porque, aún considerando que se produjo una *anómala forma de declaración* el juicio se celebró en la sede del Tribunal y se documentó en la correspondiente acta.

Por lo que concierne a la exigencia de contradicción invoca el artículo 6.3.d) de la Convención Europea de Derechos Humanos que 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.

Recuerda nuestro Tribunal Constitucional que *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 noviembre 1989 (serie A, núm. 166), y Windisch, de 27 septiembre 1990 (serie A, núm. 186), o, finalmente, la Sentencia Ludi, de 15 junio 1992 (serie A, núm. 238). 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 CEDH la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiendo 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.*

Y, ya en el caso que juzga el Tribunal Constitucional advierte que el testimonio no adquiere la condición de anónimo sino de meramente "oculto" entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado y 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.**

Es por esto -y porque tampoco considera lesionado el derecho a la igualdad de armas- por lo que puede concluir que, no obstante lo que estima, como dijimos una anomalía, no merece el amparo constitucional.

El Auto del Tribunal Constitucional nº 270/94, de 17 de octubre, precisa que cuando el testimonio es oculto, existe posibilidad de contradicción y se respetan las exigencias del art. 6.3.d) del Convenio y "en consecuencia también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución".

Finalmente, por lo que se refiere a la doctrina de este Tribunal Supremo, cabe decir que las hipótesis han sido también muy diversas.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 2000, recurso nº 1845/1998, se plantea el supuesto de testigos de cargo que prestan su declaración sin ser vistos por el acusado. Subraya la similitud, pero no identidad, con el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 64/94 de 28 de febrero, y la doctrina del TEDH sobre los llamados testimonios **anónimos, entendiéndose por tales aquellos cuya identidad es desconocida por las partes** y por el propio Tribunal y que son los que imposibilitan la contradicción y vulneran el artículo 6.3 d) del Convenio. En el caso de dicha sentencia la defensa pudo interrogar a los testigos sin cortapisas de ninguna clase, ya que el abogado defensor del acusado asistió a la prueba anticipada y pudo interrogar, sin limitaciones, a la víctima y a los otros menores en igualdad de armas con las acusaciones, respetándose, en una de sus dos modalidades, el derecho del acusado, en el sistema de la "cross examination" que consagra el art. 6.3.d) del C.E.D.H, que es el de "hacer interrogar" a los testigos de cargo, lo que, en este caso, se hizo cumplidamente.

Y concluye autorizando lo que estima un razonable equilibrio, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, en los casos de conflicto entre derechos fundamentales, como son, de una parte, los del acusado, a un proceso con todas las garantías, y, por otra, los que tiene la víctima a la intimidad personal y a la seguridad e, incluso, a la integridad física y moral (artículos. 18, 17, 15 de la Constitución Española).

En el caso de la Sentencia nº 1047/06 de esta Sala, recurso 1159/2005, de 9 de octubre, también se examinó la cuestión suscitada porque el Tribunal denegó la

petición formulada por la Defensa del acusado en el juicio oral sobre que fuera revelada la identidad de los testigos NUM001 y NUM000. Respecto de ellos, en la instrucción, fueron dictados sendos autos acordando aplicarles las prescripciones de la Ley Orgánica de 23/12/1994, en orden a quedar reservada su identidad real. Se partió de las manifestaciones de aquellas personas sobre su temor a las represalias de los denunciados, haber sido amenazada de muerte y tachar de peligrosos a los denunciados por el ambiente en que se movían (caso NUM001), sobre su temor a las represalias de los denunciados y a la integridad física de ella y de sus hijos (caso NUM000), sobre su temor a las represalias de los denunciados y tacharles de peligrosos por el ambiente en que se movían (caso NUM001). El Juez reputó verosímiles tales temores, tras las actuaciones practicadas.

En su escrito de defensa, la dirección del acusado había solicitado el conocimiento de la identidad de los testigos protegidos. El Tribunal ordenó que los testigos protegidos comparecieran para la práctica de la prueba testifical en el juicio oral utilizando cualquier procedimiento que imposibilitase su identificación visual normal, como biombos o mamparas, desestimando también las cuestiones previas; y los recursos de súplica, sin perjuicio de que los Letrados, no los acusados, visualizaran a los testigos.

Parte esa sentencia de que el artículo 4 de la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, preceptúa que, para el mantenimiento o no de las medidas de protección, el Tribunal deberá ponderar los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, los derechos fundamentales en conflicto y las circunstancias concurrentes en los testigos en relación con el proceso penal de que se trate.

Aunque se trataba de un supuesto de testigo no meramente oculto, estima esa sentencia que, *el mantenimiento de la reserva sobre el nombre y apellidos de los testigos debe reputarse resultado de una ponderación constitucionalmente acertada.*

Pero conviene advertir que en dicha sentencia, tras examinar ese motivo casacional, en referencia al penado que lo alega, añade: *Además la sentencia tiene presentes, expresando detalles, las declaraciones de los acusados, las conversaciones telefónicas, las declaraciones de los agentes de la Autoridad, el acta de entrada y registro en El Eden y los documentos aportados por la*

*Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con la visita girada a El Eden el 9/5/2003. Y la sentencia **insiste detalladamente en los medios probatorios que ha tomado en cuenta, al tratar de cada uno de los delitos.***

Es decir que en ese caso las declaraciones testificales estaban lejos de ser los únicos elementos de cargo y ni siquiera consta que fuese los decisivos.

En la más reciente Sentencia de este Tribunal de 26 de Diciembre de 2008, recurso 10289/2008, se practicó la testifical de un testigo, en cuya declaración se fundamenta la condena del acusado, ocultándose sin ser un testigo protegido, sin que los acusados pudiesen verle, tras una mampara de madera.

Recuerda como las reformas de los artículos 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 325 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, responden a una línea jurisprudencial consolidada a partir de la importante sentencia Tribunal Constitucional nº 64/94 de 28 de febrero, que abordó con detenimiento la **distinción entre testigos anónimos y ocultos** y la admisibilidad de éstos frente al **rechazo de aquéllos**. Y culmina calificando el caso enjuiciado como un supuesto de testigo meramente oculto, subrayando, *además, que todos los letrados de la defensa de los procesados ejercieron su interrogatorio al testigo sentados muy cerca de él y frente al mismo para mejor valorar su declaración.*

SEXTO.- Procede pues, a la luz de la doctrina expuesta, examinar si en el presente caso han sido o no observadas las exigibles garantías constitucionales del *proceso debido*, en el sentido anglosajón, o *proceso justo*, en el sentido de la Convención Europea antes expuesta.

Al respecto la sentencia aquí recurrida comienza dando cuenta de las razones por las que desestimó la pretensión de las partes de que se revelase los datos de identidad de dichos testigos.

El procedimiento seguido por el Tribunal de instancia no agotó las posibilidades dirigidas a obviar las dificultades de la defensa. Se negó a desvelar los datos de identidad de los testigos. E incluso, según deriva del acta del juicio, les hizo declarar bajo condiciones que **distorsionaran su voz**. Y no puede decirse que el anonimato no resultase efectivo porque, si bien en la sentencia se dice que

respecto de *alguna*, de sexo femenino por tanto, podía colegirse su identidad, esas testigos resultaron en buena medida intrascendentes si, como parece, la sentencia se refiere a las número 54, 55 y 56. En efecto en las páginas 27 y 28 la sentencia de instancia razona la desautorización en cuanto a credibilidad de dichas testigos.

a) Por lo que concierne a las posibilidades de examen de la fiabilidad del testigo, es fácil comprender que constituye una de las piezas fundamentales para la efectividad del derecho de defensa. Hasta el punto de que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza la inclusión de medios probatorios en tiempo tardío conforme a lo dispuesto en el artículo 729.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el presente supuesto era especialmente acuciante la necesidad de controlar ese valor probatorio de los y las testigos que declararon en juicio oral, bajo anonimato -aunque solamente respecto de las defensas- de sus datos de identidad.

Se trata de una organización en la que eran evidentes las discrepancias entre las personas que asumieron responsabilidades orgánicas. Hasta el punto de que el comportamiento de quienes imprimieron un eventual sesgo violento despertó la protesta de otros. De ello da cuenta la misma sentencia. Por tanto, conocer la identidad de los testigos podía ser relevante para poner al descubierto eventuales animosidades que cuestionen la credibilidad del testigo. Pero la efectividad de esta estrategia de la defensa queda cercenada si ésta no puede conocer, y con la adecuada anticipación, la identidad de quienes les dirigen los cargos. Si ésta se mantiene oculta, aquel irrenunciable e ineludible derecho del acusado será irremediabilmente frustrado.

Recuerda la sentencia recurrida que el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, reclama que la petición de desvelamiento de la identidad del testigo anónimo sea *motivada*, y que, en consecuencia, ha de *ponderarse* la motivación alegada. Pero olvida que, si el motivo es precisamente cuestionar la credibilidad o fiabilidad del testigo, la exigencia se justifica sobradamente en la medida que, como dice esa Sentencia del TEDH, esa posibilidad de cuestionar la credibilidad del testigo está condicionada precisamente por el conocimiento de su identidad.

La sentencia resuelve la cuestión como si se tratase de un conflicto entre dos derechos fundamentales: el del testigo a su vida e integridad y el de los acusados a su defensa. Y el planteamiento no es ajeno a la doctrina del TEDH.

Pero ese planteamiento puede ser matizado. Los derechos en conflicto estructural en el proceso son, por un lado, el de defensa, en efecto, pero, por el otro, lo es el *ius puniendi*, que es un derecho del Estado. Este puede verse cercenado si necesita prescindir de fuentes de prueba. Y esa necesidad puede devenir de la protección de aquellos derechos del testigo. Si la acusación es la compelida a aportar el medio de prueba, las exigencias de ésta solamente pueden tener por interlocutor a quien la propone.

En definitiva las consecuencias de las **limitaciones en la disponibilidad del medio de prueba solamente pueden perjudicar al que ha de proponerlo y no al derecho de defensa de aquél contra el que se propone** dicho medio.

b) Por lo que se refiere al segundo canon de validez, lo que resulta obvio es que los únicos elementos de prueba que pueden justificar la conclusión probatoria en que se funda la condena son las manifestaciones de tales testigos anónimos.

Por lo que concurren los dos elementos que tildan de no acorde con las exigencias del juicio justo el procedimiento seguido en la instancia.

SEPTIMO.- En cuanto a los efectos de la vulneración debemos advertir una nítida diferenciación entre los efectos que deben subseguir a la que concierne a las pautas del juicio justo y los efectos que deben derivar cuando es la garantía de presunción de inocencia la vulnerada. Porque aquella supone un supuesto de quebrantamiento de la forma procesal debida, cuya consecuencia es la *reposición* del procedimiento al momento de la infracción. Y cuando la vulneración radica en la decisión misma, con olvido de la exigencia absolutoria, impuesta por la falta de los presupuestos de enervación de la garantía de presunción de inocencia, solamente cabe la revocación de la condena sin reposición del procedimiento ya que ello supondría un caso de doble juicio o *bis in idem* inconstitucional.

De ahí la necesidad de diferenciar entre el presupuesto de validez de la prueba -cuyo desconocimiento acarrea vulneración de la presunción constitucional de inocencia- y falta de validez en el *modo de su producción en juicio*. Ésta última implica que el juicio no ha sido debidamente seguido, por lo que deben anularse sus efectos, de tal suerte que la reposición no implica duplicidad de juicio, en la medida en que el celebrado no ha culminado válidamente y solamente uno es el que debe llevar a la decisión definitiva: el celebrado válidamente.

En consecuencia debe anudarse bien a la estimación del recurso, por ello parcial, la única consecuencia de anular el juicio y mandar reponer las actuaciones al momento de su celebración que, obviando el defecto denunciado, deberá realizarse ante órgano jurisdiccional diferente.

La no utilizabilidad de tal medio probatorio de los testigos protegidos es un veto de uso, pero no incondicionado, sino solamente a que declaren bajo anonimato. Excluido éste, el juicio podrá proseguir normalmente, es decir, con adecuación a la norma.

OCTAVO.- La parcial estimación de los recurso lleva a declarar de **oficio las costas** de todos ellos, conforme al art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. FALLO

Debemos estimar en parte, y así los estimamos, los recursos de casación interpuestos **por ERIC JAVIER VELASTEGUI JARA, JOSE FABRICIO ICAZA LAZO, MARIA TORRES OLIVER, ARNALDO ANDRES MOLINA NIEVES, DENYS GARY PIZA MEDINA, PABLO ANTONIO SANCHEZ FERRER, PABLO EFRAIN VILLEGAS ENGRACIA, GEOVANNY JOSE CANO VILLEGAS y CARLOS ANTONIO NAVAS ZAMBRANO**, contra la sentencia dictada por la Sección decimoquinta de la **Audiencia Provincial de Madrid con fecha 14 de junio de 2007** por delitos continuado de asociación ilícita, coacciones y amenazas; y, en consecuencia, declaramos nula la vista del

juicio oral celebrado en la instancia en la causa de que procede este rollo, por violación del derecho a un proceso con todas las garantías y sin sufrir indefensión.

Y mandamos que dicho juicio sea nuevamente celebrado, por Tribunal que se compondrá con Magistrados que no hayan intervenido antes en el mismo, y enmendando el defecto que aquí ha sido estimado como tal.

Declaramos de oficio las costas de los recursos de casación.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Luciano Varela Castro, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.