

RESUMEN

Se estima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó como autores de un delito de pertenencia a asociación ilícita, habida cuenta de que el principio de proporcionalidad no solamente descarta las asociaciones dedicadas a la comisión de faltas, sino a los grupos de personas -copartícipes- que puedan dedicarse a cometer delitos para cuya consumación no sea necesaria la utilización de estructuras asociativas. Si han sido identificadas en numerosas ocasiones se las debe confrontar con los hechos individualizados.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Palma de Mallorca, instruyó Procedimiento abreviado con el número 3319/2004, contra Olga, Rita, Valentina y María Milagros y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 1ª que, con fecha 16 de diciembre de 2005, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

Son hechos probados y así expresamente se declaran los siguientes:

Las acusadas Olga, mayor de edad [...], Rita, mayor de edad [...], Valentina, mayor de edad [...] y María Milagros, mayor de edad [...], puestas de común acuerdo y con el propósito compartido de obtener con ello un beneficio económico, se organizaron con la finalidad de cometer de manera reiterada hurtos por el procedimiento “del clavel” a los turistas que especialmente en la época estival transitan por la zona de la catedral, de esta ciudad, y calles cercanas.

El procedimiento utilizado por las acusadas consiste en ofrecer claveles a los turistas, intentando que éstos accedan a comprarlos. Una vez que el turista ha sacado la cartera o el monedero para pagar su precio, una de ellas coloca el clavel cerca del cuello de la víctima, a fin de que pierda el contacto visual con la cartera que porta en las manos, momento en el que otra componente del grupo se apodera del dinero existente en la cartera, usando a modo de “muleta” una bolsa de plástico conteniendo flores en la cual se han practicado dos orificios por los que introduce los dedos a modo de pinza, con los que se apodera de los billetes de la víctima. Las restantes miembros del grupo vigilan y avisan, en su caso, de la presencia de funcionarios policiales, colaborando además en el ocultamiento del dinero sustraído.

El grupo completo de las acusadas, o algunas de ellas, fueron identificadas por agentes de la Policía Nacional en tareas de prevención en veintitrés ocasiones diferentes entre los días 16 de abril y 26 de julio de 2004 ofreciendo a turistas que paseaban por la zona de la catedral y calles cercanas claveles envueltos en bolsas de plástico agujereadas, en disposición de cometer hurtos por el procedimiento descrito. En concreto, Olga fue identificada en diecisiete ocasiones, Rita en quince ocasiones, Valentina en dieciséis ocasiones y María Milagros en dieciséis ocasiones.

Durante las mismas fechas las cuatro acusadas fueron identificadas formando grupo en seis ocasiones; tres de las acusadas juntas fueron identificadas en grupo en ocho ocasiones; y dos de las acusadas juntas fueron identificadas en grupo en seis ocasiones.

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

Fallamos: Debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS:**

- 1º) A Olga en concepto de autora de un delito de pertenencia a asociación ilícita [...]
- 2º) A Rita en concepto de autora de un delito de pertenencia a asociación ilícita [...]
- 3º) A Valentina en concepto de autora de un delito de pertenencia a asociación ilícita [...]
- 4º) A María Milagros en concepto de autora de un delito de pertenencia a asociación ilícita [...]

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por las procesadas [...]

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO.- El motivo primero aglutina una serie de cuestiones de carácter disperso e inconexo. En cascada denuncia la vulneración de los derechos siguientes: a la libertad, a la intimidad, a un juicio con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

1.- Como era previsible, las argumentaciones confluyen en una sola cuestión. En definitiva, todas las vulneraciones de derechos fundamentales tienen como objetivo acreditar que no ha existido prueba de cargo validamente obtenida.

En primer lugar, el seguimiento policial sistemático que se denuncia por parte de las acusadas carece de sustancia constitucional. Se trata de una tarea de investigación realizada en las vías públicas sobre personas sospechosas de cometer reiterados actos delictivos, aunque sea en la modalidad menos grave de hurto sin que conste, tal como se describen, las actividades de las acusadas, que se emplease ningún género de violencia o intimidación.

La actividad de identificación y cacheo entra en las tareas de salvaguarda de la seguridad pública estaba justificada por la constancia y fehaciencia de la actividad y modo de operar de las mismas que utilizaban los claveles como instrumento para distraer la atención de las víctimas y sustraerles descuidadamente las carteras u otros objetos.

Estiman las recurrentes que estas acciones policiales, debido a las circunstancias en que se efectuaron, no guarda la debida proporcionalidad.

Finalmente alega que las actas levantadas por los funcionarios de policía no iban acompañadas de ruedas de identificación ni se aportaron objetos sustraídos.

2.- La sentencia parte de un hecho objetivo de interés sociológico, criminológico e incluso con derivaciones económicas generalizadas que examinaremos a continuación.

Nada se puede objetar a que la tarea policial se centre en actividades delictivas que perjudican los intereses y la seguridad de las personas.

En una población eminentemente turística debe preocupar a las autoridades encargadas de velar por la seguridad colectiva, la existencia de personas o grupos de personas que, de forma sistemática, eligen como objeto de sus actividades delictivas (delitos o faltas) a los transeúntes pacíficos de cualquier ciudad. En el caso que examinamos la preocupación debe ser aún más acentuada, en cuanto que es público y notorio, que el acoso sistemático a ciudadanos extranjeros, con pretextos y artimañas que perjudican su patrimonio, tiene una repercusión añadida. Los Consulados o Embajadas de los ciudadanos despojados de sus bienes reciben y canalizan estos hechos hacia sus respectivos gobiernos y medios de comunicación que difunden una imagen perjudicial para los intereses económicos de nuestro país cuya primera fuente de ingresos es el turismo.

Por ello nada puede objetarse a las actividades policiales de prevención y control siempre que guarden la debida proporcionalidad, como ha sucedido en el caso presente.

En consecuencia y teniendo en cuenta que ninguna de las acusadas ha sido imputada de hechos delictivos concretos y han sido condenadas por asociación ilícita, examinaremos en el motivo siguiente si se dan los elementos fácticos, objetivos y subjetivos para construir una figura tan específica como la asociación ilícita.

Por lo expuesto el motivo debe desestimarse

SEGUNDO.- En el motivo segundo, una vez mas se confunden los términos y se alega la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando en realidad se cuestiona el razonamiento seguido para establecer la existencia de un hecho delictivo, lo que supone una invocación implícita de la tutela judicial efectiva.

1.- Lo que debemos dilucidar, respetando el hecho probado, es su idoneidad para construir sobre su contenido, la existencia de un delito de asociación ilícita.

En primer lugar debemos descartar la referencia a los antecedentes delictivos de las cuatro acusadas, ya que al ser inoperantes sobre el hecho asociativo ilícito por el que se las condena, nada aportan y por otro lado, nos llevarían hacia un derecho penal de autor absolutamente rechazable.

Los hechos que se imputan a las acusadas son típico delitos de hurto cuyos autores son encuadrados por la criminología tradicional, en el género de carteristas.

Si tenemos en cuenta que no se dice, como es lógico, la cuantía de lo sustraído y los casos en que se tiene constancia de su actuación, nos encontramos ante la necesidad de establecer, por falta de datos, que los hurtos no superan la cantidad de 400 euros, por lo que faltaría uno de los presupuestos típicos de la asociación ilícita que es la puesta en común, bajo pacto y estrategia diseñada, de los esfuerzos necesarios para cometer delitos y no faltas.

2.- Las modalidades de delincuencia asociada que contempla el Código Penal son la organización o la pertenencia a banda armada, utilizando como modalidad residual, la asociación ilícita cuyos fines y peligrosidad están en un nivel delictivo muy superior al del hurto callejero.

Un hecho de estas características no puede homologarse e incluirse en las referencias que el artículo 515 del Código Penal dedica a la asociación ilícita. Entre ellas se incluyen las de carácter paramilitar, los grupos terroristas y los racistas. No obstante, el legislador, incluye un apartado primero en el que introduce, de manera absolutamente inespecífica e indeterminada, “las que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituidos promuevan su comisión”.

Con esta técnica descriptiva se podría llegar a la conclusión de que, absolutamente todos los delitos tipificados en el Código Penal, cometidos por una asociación de personas, sería automáticamente considerados como asociación ilícita.

3.- La rúbrica del capítulo correspondiente del Código Penal que recoge la asociación ilícita, se refiere a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizada por la Constitución. Ello nos limita la posibilidad de que el hecho que estamos examinando (grupo de descuidadas) pueda tener la categoría delictiva que contempla el legislador.

Por su propia naturaleza la asociación supone la existencia de una cierta apariencia formal y, por lo menos, un conato de organización y jerarquía. Asimismo deben constituir una entidad distinta de la de sus individuos. Ante la imposibilidad de penar a

los colectivos la respuesta se centra en sus componentes en función de su respectiva jerarquía o dominio del grupo.

4.- El principio de proporcionalidad no solamente descarta las asociaciones dedicadas a la comisión de faltas, sino a los grupos de personas (copartícipes) que puedan dedicarse a cometer delitos para cuya consumación no sea necesaria la utilización de estructuras asociativas.

Si han sido identificadas en numerosas ocasiones se las debe confrontar con los hechos individualizados.

Además dadas las características de los hechos, el impacto negativo sobre el turismo y la habitualidad se podría aplicar medidas de seguridad complementarias mas adecuadas a la naturaleza de los hechos que estamos examinando.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado

FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN [...] QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Olga, Rita, Valentina y María Milagros del delito de pertenencia a asociación ilícita por el que venían acusadas [...]