

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA**

Sección/Atala 1^a

1.

Calle SAN MARTIN 41,1ºPLANTA,DONOSTIA - SAN SEBASTIAN / SAN MARTIN Kalea 41,1ºPLANTA,DONOSTIA -
SAN SEBASTIAN

Tel.: 943-000711 Fax: 943-000701

**AINHOA KINTANA
2012 URT. 10
JAKINARAZIA**

N.I.G. / IZO: 20.05.1-05/001352

RECURSO / ERREKURTSOA: Rollo ape,abrev. / 1178/2011-

Proc. Origen / Jatorriko prozedura: Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 54/2007

Juzgado de lo Penal nº 5 de Donostia / Donostiako Zigor-arioko 5 zk.ko Epaletgia
Atestado nº/ Alestatu-zk.:

SENTENCIA Nº 490/2011

ILMOS/AS. SRES/AS

D. AUGUSTO MAESO VENTUREIRA

Dña. MARIA JOSE BARBARIN URQUIAGA

D. JORGE JUAN HOYOS MORENO

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a 29 de diciembre de 2011

La Ilma. Audiencia Provincial de Gipuzcoa, constituida por los Magistrados que arriba se expresan, ha visto en trámite de apelación el Procedimiento Abreviado nº 54/07 del Juzgado de lo Penal nº 5 de esta Capital, seguido por un delito de lesiones en el que figura como apelante ZUTIK , representado por la Procuradora Sra Miranda y defendido por el

Letrado Sr Lertxundi , Miguel Angel Martin Conde representado por el Procuradora Sra Kintana y defendido por el Letrado Sr Castells José Antonio Rodriguez Herrero, Daniel Carrillo Perles , Alberto Luengo Luque, y Cristian Jose Rivera Gonzalez representado por el Procurador Sr Mejias y defendidos por el Letrado Sr Rando habiendo sido parte apelada el MINISTERIO FISCAL.

Todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de Diciembre de 2010, dictada por el Juzgado de lo Penal antes mencionado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Jdo. de lo Penal nº 5 de Donostia- San Sebastián, se dictó sentencia en fecha 30 de Diciembre de 2010 , en cuyo fallo se establecía:

"Que debo condenar y condeno a Cristian José Rivera como autor responsable de un delito de lesiones, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas y la agravante de abuso de superioridad, a la pena de 2 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debo condenar y condeno a Cristian José Rivera como autor responsable de una falta de desobediencia a la autoridad, a la pena de 30 días de multa, con una cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de un día de arresto por cada dos cuotas que dejare de pagar, que podrá cumplirse en régimen de localización permanente

Que debo condenar y condeno a Alberto Luengo Luque como autor responsable de un delito de lesiones, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas y la agravante de abuso de superioridad, a la pena de 2 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debo condenar y condeno a Alberto Luengo Luque como autor responsable de una falta de desobediencia a la autoridad, a la pena de 30 días de multa, con una cuota

diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de un día de arresto por cada dos cuotas que dejare de pagar, que podrá cumplirse en régimen de localización permanente

Que debo condenar y condeno a Daniel Carrillo Perles como autor responsable de un delito de omisión del deber de impedir delitos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 15 meses de multa, con una cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de un día de arresto por cada dos cuotas que dejare de pagar.

Que debo condenar y condeno a José Antonio Rodríguez Herrero como autor responsable de un delito de omisión del deber de impedir delitos, concurriendo al atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 15 meses de multa, con una cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de un día de arresto por cada dos cuotas que dejare de pagar.

En concepto de responsabilidad civil, todos ellos deberán indemnizar conjuntamente a D. Miguel Ángel San Martín con la cantidad de 7670 euros por lesiones, días de sanidad y secuelas, y 45 euros por los perjuicios en la ropa. Todo ello con aplicación de interés legal del artículo 576 de la LEC.

Todo ello, con expresa imposición de costas al condenado.."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de los apelantes se interpuso recurso de apelación, que fue admitido e impugnado por el Ministerio Fiscal. Las actuaciones tuvieron entrada en la Oficina de Registro y Reparto el día 19 de mayo de 2011 , siendo turnadas a la Sección 1^a y quedando registradas con el número de Rollo 1178/11 , señalándose para la Votación, Deliberación y Fallo el día 29 de Noviembre de 2011 a las 10 horas de su mañana, fecha en la que se llevó a cabo el referido trámite.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

CUARTO.- Ha sido Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado JORGE JUAN HOYOS MORENO.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos probados de la resolución de instancia, que literalmente establecen:

"El 13 de enero de 2005, hacia las 23:00 horas, Cristian José Rivera, mayor de edad y sin antecedentes penales, Alberto Luengo Luque, mayor de edad y sin antecedentes penales, Daniel Carrillo Perles, mayor de edad y sin antecedentes penales y José Antonio Rodríguez Herrero, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraban en la calle San Martín de la localidad de San Sebastián, profiriendo gritos y dando golpes al mobiliario urbano que encontraron, avanzando por la calle de dos en dos, Rivera y Luengo delante y Carrillo y Rodríguez por detrás.

Al llegar a la esquina de la calle San Martín con la calle Urbieta, los dos primeros coincidieron en la esquina con Miguel Ángel Martín, quien se dirigía desde un restaurante chino de la calle Reyes Católicos hasta el bar Contra. Los dos, puestos de común acuerdo, cruzaron la calle en diagonal para alcanzarle, y se dirigieron a él, diciéndole "seguro que eres de los que estás de acuerdo con ETA", y "eres de los que están de acuerdo con el Plan de Ibarretxe.", al tiempo que uno de ellos le propinaba una patada en la pierna izquierda. Miguel Ángel entonces intentó huir, dirigiéndose por la calle Urbieta hacia la Avenida de la Libertad, comenzando Rivera, Luengo, Carrillo y Rodríguez a seguirle, los dos primeros muy de cerca, y los otros dos a unos dos metros de distancia. Luengo, cubriéndose parcialmente la cara con una bufanda o braga que llevaba al cuello, y Rivera le dieron alcance por detrás a la altura de los números 18 y 20 de la calle Urbieta, y comenzaron a propinarle patadas y puñetazos por todo el cuerpo, actuando de mutuo acuerdo y con ánimo de causarle perjuicios.

Mientras tanto, Daniel Carrillo y José Antonio Rodríguez permanecieron a unos escasos dos o tres metros de distancia, sin intervenir en ningún momento ni realizar actividad alguna para que Rivera y Luengo cesaran en la agresión, pese a no suponer riesgo alguno para su integridad.

En un momento determinado, Rivera y Luengo cesaron la agresión, saliendo los cuatro del lugar hacia la parada de taxis del Hotel Londres, donde se subieron en uno que les dejó en las inmediaciones del acuartelamiento de Loyola, al que se dirigieron Carrillo y Rodríguez, mientras que Rivera y Luengo se introdujeron en un local de alterne.

A la salida del establecimiento, Rivera y Luengo caminaban por el barrio de Amara, realizando entre ellos un ejercicio policial, haciendo "sombras", consistente en simular entre ambos que se disparaban y se ocultaban entre los árboles y el mobiliario. Fue entonces cuando fueron vistos por dos agentes de la Policía Municipal de San Sebastián, agentes 1099 y 1113, que también habían intervenido tras la agresión a Martín, y que les identificaron como los posibles autores por la descripción facilitada en el lugar por los testigos. Los agentes, correctamente uniformados, dieron el alto a Rivera y Luengo, saliendo ambos huyendo, siendo alcanzados por separado tras una persecución, más breve en el caso de Luengo.

Como consecuencia de la agresión, Miguel Ángel Martín sufrió lesiones consistentes en traumatismos craneofaciales, heridas en la zona derecha del labio superior, policontusiones y arrancamiento parcial de la cabeza del peroné, fractura ósea subcondral en tercio medio de cóndilo femoral externo de la rodilla izquierda, que precisaron para su sanidad de tratamiento médico, tardando en curar 137 días, de ellos 102 impeditivos, quedando como secuelas una cicatriz quirúrgica de 2 cm en la zona derecha del labio superior, y otra de 1,5 cm en el párpado superior izquierdo."

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debate jurídico.

I.- Con fecha 30 de diciembre de 2010 se dictó Sentencia por la Ilma. Magistrada que sirve el Juzgado de lo Penal nº 5 de Donostia-San Sebastián, resolución en la que condenaba al acusado don Cristian José Rivera, como autor de un delito de lesiones, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas y la agravante de abuso de superioridad, a la pena de dos años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y como autor de una falta de desobediencia a la autoridad a la pena de 30 días de multa con una cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de un día de arresto

por cada dos cuotas que dejare de pagar, que podrá cumplir en régimen de localización permanente.

En dicha resolución también se condenaba al acusado don Alberto Luengo Luque como autor responsable de un delito de lesiones, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas y la agravante de abuso de superioridad, a la pena de 2 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y como autor responsable de una falta de desobediencia a la autoridad, a la pena de 30 días de multa, con una cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de un día de arresto por cada dos cuotas que dejare de pagar, que podrá cumplirse en régimen de localización permanente

Al acusado don Daniel Carrillo Perles como autor responsable de un delito de omisión del deber de impedir delitos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 15 meses de multa, con una cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de un día de arresto por cada dos cuotas que dejare de pagar.

Y al acusado don José Antonio Rodríguez Herrero como autor responsable de un delito de omisión del deber de impedir delitos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 15 meses de multa, con una cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de un día de arresto por cada dos cuotas que dejare de pagar.

En concepto de responsabilidad civil, todos ellos deberán indemnizar conjunta y solidariamente a D. Miguel Ángel San Martín con la cantidad de 7.670 euros por lesiones, días de sanidad y secuelas, y 45 euros por los perjuicios en la ropa. Todo ello con aplicación del interés legal del artículo 576 de la LEC.

II.- La representación procesal del Partido Político Zutik interpuso recurso de apelación contra la indicada resolución, interesando que se aprecien las circunstancias agravantes de los artículos 22.2 y 22.4 CP.

Por lo que se refiere al disfraz, aduce el recurrente que el gesto de taparse la cara anuncia que va a efectuar algo que merece reproche y no quisiera ser identificado por ello. Y en relación con la agravante de ideología indica que no es preciso que el motivo de la agresión sea auténtico para la apreciación de la agravante del art. 22.4 CP y en este supuesto la motivación de la agresión fue atribuirle una determinada ideología a Mikel Martín.

III.- La representación procesal de don Mikel Martín Conde también interpuso recurso de apelación. Alega:

- Infracción de las normas del ordenamiento jurídicos al desestimarse la agravante de actuar por motivos de discriminación ideológica: en los Hechos Probados se expresa que Luengo y Rivera agredean a la persona a la que atribuyen y por atribuirle determinada ideología ("ser de los que están de acuerdo con ETA" y "ser de los que están de acuerdo con el Plan Ibarretxe"), todo ello comprensivo de una ideología amplia.

El día de los hechos (13 de enero de 2005) todos los medios de comunicación destacaron la entrevista del Presidente del Gobierno con el Lehendakari para tratar el Plan en cuestión, que había sido aprobado por todos los partidos nacionalistas vascos e Izquierda Unida; presumieron que la víctima participaba de un rasgo ideológico, para ellos, discriminante.

- Indebida aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas: los acusados no han sido objeto de medida cautelar, ni personal ni patrimonial, ni de ninguna restricción; según la Sentencia, entre mayo de 2005 y febrero de 2006, no se llevaron a cabo actuaciones, pero en realidad en ese periodo hubo abundantes resoluciones y actuaciones judiciales.

- Daño moral: es evidente conforme a la lógica que los hechos cometidos por los acusados causaron un padecimiento psíquico en la víctima, que ha de ser indemnizado.

- Error en la valoración de la prueba: la Sentencia omite expresar que los acusados transitaban por la calle San Martín además de profiriendo gritos, diciendo "*que se mueran los vascos*", según aseveró el testigo protegido nº 1; la Sentencia no declara probado que los acusados tenían la condición de legionarios paracaidistas miembros de la brigada paracaidista (BRIPAC), ni que la víctima era enfermo de SIDA con incapacidad absoluta permanente (todo ello acreditado por la documental obrante en la causa); Mikel Martín tardó en sanar las lesiones psíquicas 1.203 días (no los 137 días que indica la Sentencia).

IV.- La defensa de los acusados interpone recurso de apelación indicando que el juicio ha tardado seis años menos trece días para un procedimiento abreviado por una pelea; la grabación del juicio es defectuosa e incompleta, en especial, la del testigo protegido nº 1 y de los testigos Joaquín Solano y Xabier Xogaz; los acusados, que tres de ellos no tienen ni el graduado escolar, no conocían el contenido del Plan Ibarreche; el denunciante Miguel A. Martín Conde ha incurrido en contradicciones; el denunciante ha manipulado las lesiones que afirma presentar.

SEGUNDO.- Recurso de la defensa.

A).- Cuestión preliminar (falta de firma del Procurador),

I.- En primer lugar, se ha de comenzar con la alegación de la acusación particular atinente a que el recurso de los acusados ha sido formulado por el Letrado don Juan Antonio Rando Parra pero no por su representación causídica, lo cual vulnera, entre otros, el art. 543.1 de la LOPJ, que dispone que corresponde exclusivamente a los Procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa.

En este sentido, conviene recordar que la STC 2003/182, de 20 de octubre, señala que dicho Tribunal ha declarado reiteradamente, desde la temprana la STC 19/81, de 8 de junio, que el derecho a la tutela judicial efectiva, que se reconoce en el art. 24.1 CE, comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial, por lo que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su efectivo ejercicio se encuentra supeditado a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, quien no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan el acceso al proceso, vulnerando la tutela judicial garantizada constitucionalmente (STC 185/87, de 18 de noviembre). Por esta razón, también se satisface el derecho a la tutela judicial con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique, aplicada razonablemente por el órgano judicial. Pero también hemos

dicho que los órganos judiciales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando cualquier exceso formalista que los convierta en obstáculos procesales impeditivos de acceso a la jurisdicción que garantiza el art. 24.1 CE, lo que, sin embargo, no puede conducir a que se prescinda de los requisitos establecidos por las Leyes que ordenan el proceso y los recursos, en garantía de los derechos de todas las partes. No en vano, ha señalado este Tribunal que el principio hermenéutico *pro actione* opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, de manera que, si bien tal principio no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles, sí proscribe aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican. En este sentido señalamos, entre otras, en la STC 45/02, de 25 de febrero, que los Jueces y Tribunales deben llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que advierten en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, a fin de procurar, siempre que sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad, favoreciendo de este modo la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial. Y en dicha ponderación es preciso que se tomen en consideración, tanto la entidad del defecto y su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, como su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso y la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte, en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado. Asimismo, en la STC 149/96, de 30 de septiembre, dijimos que si el órgano judicial no hace lo posible para la subsanación del defecto procesal que pudiera considerarse como subsanable, o impone un rigor en las exigencias más allá de la finalidad a que las mismas responden, la resolución judicial que cerrase la vía del proceso o del recurso sería incompatible con la efectividad del derecho a la tutela judicial, ya que los presupuestos y requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima, con la consecuencia de que, si aquella finalidad puede ser lograda sin detrimento de otros bienes o derechos dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto. En igual sentido la Sentencia de la sala Tercera del TS de 24 de mayo de 1999, señala que el principio *pro actione*, insitio en el art. 24.1 CE y desarrollado en el art. 11.3 de la LOPJ, obliga a resolver sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sin que pueda declararse inadmisible la acción por defectos formales a no ser en aplicación de la Ley y mediante resolución convenientemente motivada, entendiendo por tal la que no es irrazonable por inidónea para la consecución del fin del proceso, ni es innecesaria por ser posible la subsanación de defectos formales, ni resulta desproporcionada o excesiva.

La STC 163/97, de 3 de octubre, argumenta que es doctrina reiterada que la simple falta de firma del Abogado o del Procurador de la parte es un defecto que no debe conducir sin más a la nulidad del recurso y a la declaración de firmeza de la resolución impugnada y a la caducidad de la acción, pues ello supondría una sanción desproporcionada con la entidad real del defecto; por el contrario, se trata de un requisito de cumplimiento

subsanable, y sólo cuando después de conceder ocasión para ello no hubiera sido subsanado, podrá servir como motivo de inadmisión del recurso sin lesionar la tutela judicial efectiva.

II.- En el presente supuesto, se ha de indicar que si bien es cierto que en el encabezamiento del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto por la defensa no aparece consignado el Procurador de los acusados, se observa que en la última página del mismo, junto a la firma del Letrado aparece manuscrita otra rúbrica, que sin duda corresponde al representante causídico de los acusados (don Óscar Mejías Abad), aunque tampoco sobre dicha firma se haya epigrafiado la expresión "Procurador".

Al respecto, en fecha 7 de abril de 2011 (folio 1.669 de las actuaciones) el Juzgado de lo Penal nº 5 de San Sebastián dictó Providencia en la que se acordaba unir a los autos los escritos presentados, se declaraba interpuesto en tiempo y forma el recurso conforme al art. 790 de la Lecrim. y se admitía a trámite el mismo.

Por consiguiente, se ha de considerar correcta la admisión a trámite del recurso de apelación interpuesto por la defensa, porque en realidad sí hay constancia de la firma del Procurador, aunque no se haya expresado en el cuerpo del recurso el nombre del representante causídico.

B).- Error en la valoración probatoria.

I.- La defensa impugna la resolución dictada en la instancia a través de una serie de motivos de apelación (alegados de manera ciertamente confusa, como denuncia la acusación particular). En realidad, la representación de los acusados viene a denunciar que la Sentencia de instancia ha errado en la valoración probatoria.

II.- En línea de principios debe señalarse de antemano que carece el órgano de apelación de la inmediación que gozó la Jueza *a quo* ante quien se desarrolló en vista oral y pública la totalidad de los medios probatorios, oyó a quienes depusieron en distintas calidades en ese acto y, lo que no es de menor importancia, vio a todos ellos, de ahí que la preeminencia del plenario sobre cualesquiera actuaciones precedentes para la correcta formación de la convicción se derive de todo ello. No puede ahora la Sala sustraer a quien enjuició en primera instancia su misión exclusiva y excluyente de valoración de la prueba que presenció y debe ceñir su tarea en esta alzada a sentar la existencia o no de una actividad probatoria lícita que pudiere ser valorada en aquella instancia inicial.

El error en la valoración propiamente dicho se dará únicamente, en consecuencia además de cuando el hecho tenido por demostrado no posea sustento en los medios probatorios, lo que no es el caso, en aquellos supuestos en los que la efectuada en la instancia no dependa esencialmente de la percepción directa de la diligencia probatoria en concreto sino de su adecuación a las reglas de la ciencia, de la experiencia o de la lógica pues entonces sí podrá ser revisable en la alzada.

La aplicación de dicha doctrina al caso que nos ocupa significa que este Tribunal no debe proceder a reevaluar las pruebas practicadas en el primer grado jurisdiccional, sino solamente debe controlar la existencia de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, que dicha prueba hay sido practicada en legal forma, que la evaluación de prueba haya sido racional y que la motivación no sea arbitraria o ilógica.

III.- En el caso presente, la resolución combatida a la hora de alcanzar la conclusión descrita en el relato fáctico ha valorado de manera detallada y pormenorizada las declaraciones en el acto del juicio oral de los cuatro acusados, del testigo-denunciante don Mikel Martín Conde, del testigo protegido nº 1, de don Joaquín Solano, de doña Kalima San Román (a la que no otorga credibilidad), de los agentes de la Policía Municipal de San Sebastián con números de identificación profesional 1.113, 1.099, así como de las diversas periciales que se practicaron en la vista oral junto al análisis de los documentos incorporados a las actuaciones (declaraciones que no se considera necesario reproducir o consignar de nuevo).

Por consiguiente, debemos concluir que no existe error en la valoración de la prueba ni vulneración el derecho a la presunción de inocencia ya que la declaración probatoria se ha obtenido con base en pruebas válidas, idóneas y de suficiente entidad incriminatoria. Por tanto, se desestima el recurso de apelación interpuesto por la defensa.

TERCERO. Recurso de Zutik (acusación popular).

A).- Disfraz.

I.- En el relato fáctico de la resolución combatida se expresa que los acusados Sr. Luengo, cubriendose parcialmente la cara con una bufanda o braga que llevaba al cuello, y Sr.

Rivera le dieron alcance por detrás y comenzaron a propinarle patadas y puñetazos por todo el cuerpo, actuando de común acuerdo y con ánimo de causarle perjuicios.

En la fundamentación jurídica se explica que el gesto de cubrirse la cara fue intimidatorio y que por el mismo queda claro el ánimo que tenía el acusado en el momento de los hechos, pero en ningún momento se ha acreditado que se cubriera efectivamente la cara, ni que la mantuviera cubierta durante la agresión. De hecho, si bien pudo hacer un gesto de cubrirse cuando siguió al Sr. Martín, lo cierto es que fue perfecta y completamente identificado, tanto por el perjudicado como por los testigos, lo que descarta la concurrencia de la agravante antes señalada.

El TS, en sentencia de 20 de febrero de 2006, señala que el disfraz ha sido entendido, doctrinal y jurisprudencialmente, como el empleo de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia externa de una persona. Su aplicación requiere que sea utilizado al tiempo de la comisión del delito, y con la finalidad de facilitar la realización del mismo dificultando la identificación del autor.

Cuando el disfraz se utiliza no tanto para permitir o facilitar el delito como para evitar la identificación del autor del hecho ilícito, la agravante exige la concurrencia de tres requisitos: 1) objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona; 2) subjetivo o propósito de evitar la propia identificación para eludir sus responsabilidades; y 3) cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento.

Procederá la apreciación de la agravante «cuando en abstracto, el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación. Es decir, el presupuesto de hecho para la aplicación de la agravación no requiere que efectivamente las personas presentes en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer el autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación, aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés» (STS 939/2004, de 12 de julio). La citada sentencia de 29 de septiembre de 2010 nos dice que no es preciso, sin embargo, que el uso del disfraz suponga la absoluta imposibilidad de identificar al delincuente en el caso, siendo suficiente con la desfiguración del rostro o de la apariencia valorada con criterios objetivos *ex ante*. La sentencia de 29 de junio de 2010 nos reitera esta cuestión y nos dice que si la agravante exigiera la imposibilidad del reconocimiento de quien lo usa, en contados casos podría ser aplicada ya que nunca se podría reconocer al autor.

II.- Por tanto, en aplicación de las indicadas directrices jurisprudenciales, se ha de reputar correcta la no apreciación de tal agravante porque en la resolución expresamente se indica que no ha resultado acreditado que el Sr. Luengo mantuviera el rostro cubierto durante la

agresión, sino que se deduce que únicamente se cubrió parcialmente la cara en el instante inicial del episodio enjuiciado y, sobre todo, porque según infiere la resolución combatida el propósito del acusado Sr. Luengo con tal gesto no fue propiamente evitar ser identificado o descubierto sino intimidar o amedrentar a la víctima.

B).- Agravante ideológica: será tratada y analizada en el recurso de la acusación particular.

CUARTO. Recurso de don Mikel Martín Conde (acusación particular)

A).- En primer lugar, se ha de indicar que asiste la razón a la acusación particular en lo atinente a las circunstancias de que los cuatro acusados en el momento de los hechos tenían la condición de legionarios paracaidistas, miembros de la brigada paracaidista (BRIPAC) así como que la víctima don Mikel Martín era enfermo de SIDA con incapacidad absoluta permanente.

Ambas circunstancias han sido reconocidas por todos los implicados y se encuentran acreditadas por la diversa documentación incorporada a las actuaciones.

En efecto, los cuatro acusados admitieron su condición de legionarios paracaidistas de la BRIPAC en la fecha de los hechos. La situación del denunciante como enfermo de SIDA también se acredita con el documento obrante en el folio 408 de las actuaciones.

No obstante, no puede tildarse de indebida la no inclusión de tales hechos en el relato fáctico de la sentencia combatida, pues no todos los pormenores o circunstancias han de expresarse o describirse en la declaración probatoria de las resoluciones judiciales, sino sólo aquellos a los que se anuden efectos o consecuencias jurídicas (o penológicas), lo cual en este caso no ha considerado necesario la Juzgadora de instancia de manera acertada.

La acusación particular también alega que en el relato fáctico no se ha incluido que los acusados transitaban por la calle además de profiriendo gritos, espetando, en concreto, la expresión: "que se mueran los vascos".

En este sentido, en el Acta del juicio oral consta que el denunciante Sr. Martín (folio 1.387) manifestó que “*oyó ruido, oyó algo de vascos y siguió andando por los arcos del Buen Pastor*”. Por su parte, el testigo protegido nº 1 señaló que “*oyó que se mueran los vascos y que se muera ETA*”.

El testigo don Joaquín Solano Torrents (folio 1.408) indicó que “*estaba en el piso de la calle San martín, oyeron un ruido y salieron; no oyeron vítores a España o mueran los vascos, oyeron un ruido fuerte y salieron a mirar que pasaba*”.

El testigo Xavier Bogaz torres refirió que “*no recuerda si escucharon gritos contra ETA y los vasco o vítores a España*”.

En consecuencia, parece correcto la no inclusión de dicha frase en la narración fáctica habida cuenta que tal circunstancia sólo ha sido aseverada por uno de los testigos presenciales, mientras que tanto la víctima como los Srs. Solano Torrents y Bogaz Torres no lo han podido asegurar.

B) Agravante de discriminación ideológica.

I.- El art. 22.4 CP agrava la conducta de quienes cometan el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o minusvalía que padezca, y responde al propósito de evitar, en la medida de lo posible, toda conducta que entrañe injusta discriminación de las personas contraria al principio constitucional de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución.

La jurisprudencia que se ha elaborado en torno a esta circunstancia agravante se ha centrado en exigir que para que la misma concurra en cualquier supuesto delictivo es preciso que figuren acreditados hechos que demuestren que la motivación que ha llevado al agresor a su realización ha tenido como causa la de la discriminación.

Esto implica que, siguiendo la doctrina jurisprudencial, los elementos que definen a esta circunstancia agravante son:

- 1º) Que haya quedado claramente acreditado, que la persona agredida forma parte de un grupo, o de un colectivo que podemos calificar como minoritario, no coincidente con la mayoría social y por lo menos en parte rechazado por ésta y que objetivamente pueda ser objeto de discriminación.
- 2º) Que se acredite objetivamente que en el hecho ilícito que se juzga existan elementos que exterioricen el desprecio por la minoría afectada.
- 3º) Que en el hecho ilícito al que se aplica la agravante no aparezcan otras justificaciones que puedan explicar por sí misma la motivación de la actividad ilícita.

II.- En el presente supuesto, tras la lectura del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la resolución combatida no es posible afirmar que la víctima formara parte de una minoría vulnerable en el sentido descriptivo de este número 4 del artículo 22 del Código Penal.

Es decir, la pertenencia del sujeto pasivo del acometimiento o embestida antijurídica a una minoría vulnerable, en atención a cada contexto concreto, constituye, conforme a las directrices exegéticas fijadas por la doctrina jurisprudencia, un dato o un elemento de inexcusable presencia para que se pueda apreciar la invocada agravante de discriminación ideológica, circunstancia que por razones obvias no concurre en el caso de autos.

C) Dilaciones indebidas.

I.- La resolución atacada aprecia la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, razonando que: "de la lectura de las actuaciones efectivamente se pone de manifiesto que sucediendo los hechos el 13 enero de 2005, entre los meses de mayo de 2005 hasta febrero de 2006 no se llevaron a cabo actuaciones. La paralización más significativa tuvo lugar, sin género de dudas, cuando recibidos por vez primera los autos en este Juzgado, se procedió a la devolución de las actuaciones, por declaración parcial de nulidad de las mismas, al haberse tomado declaración a uno de los acusados como imputado sin la asistencia de letrado. Debo indicar que si bien esta circunstancia pudo haberse advertido con anterioridad por la defensa, también debe valorarse que la declaración se tomó por exhorto, y que la dirección letrada en ese momento era distinta que la que acudió a juicio. Fue el 6 de octubre de 2008 cuando se tomó nueva declaración al ahora acusado, y no se volvió a aperturar juicio oral hasta mayo de 2009".

II.- En este sentido, si bien asiste la razón al recurrente en lo relativo a que entre el 25 de mayo de 2005 hasta el mes de febrero de 2006 sí se llevaron a cabo actuaciones judiciales,

lo cierto es que como también explica la sentencia de instancia una vez recibidos los autos en el Juzgado de lo Penal nº 5 de San Sebastián se procedió a la devolución de las actuaciones al Juzgado de Instrucción nº 1 de la misma ciudad. A partir de ese momento, se pueden destacar los siguientes hitos procesales:

- El día 11 de abril de 2007 el Juzgado de lo Penal nº 5 dicta Auto (folio 555) admitiendo las pruebas propuestas y señalando el día 11 de mayo de 2007 para el comienzo de las sesiones del juicio oral.
- El día 11 de mayo de 2007 se procede a la celebración del juicio oral (folio 667) y se admite, en el trámite procesal de cuestiones previas, la nulidad instada por la defensa y se acuerda la devolución de los autos al Juzgado de Instrucción al considerarse nula la declaración del acusado Sr. Rodríguez Herrero.
- Mediante Providencia de 5 de junio de 2007 (folio 676) se acordó librar exhorto al Juzgado Decano de los de Madrid a fin de que recibieran nuevamente declaración como imputado al Sr. Rodríguez Herrero.
- Por Providencia de 14 de junio de 2007 (folio 717) el Juzgado de Instrucción nº 30 de Madrid acordó remitir el exhorto al Juzgado Decano de Instrucción de Torrejón de Ardoz debido a que el imputado tenía su domicilio en Paracuellos del Jarama.
- El día 6 de octubre de 2008 se recibe declaración al Sr. Rodríguez Herrero en calidad de imputado en el Juzgado de Instrucción nº 7 de Torrejón de Ardoz.
- El día 13 de marzo de 2009 el Juzgado de Instrucción nº 1 de San Sebastián dicta Auto de Procedimiento Abreviado contra los cuatro acusados.
- El día 25 de mayo de 2010 el Juzgado de lo Penal vuelve a dictar Auto de señalamiento a juicio oral (folio 1095).

III.- Por consiguiente, debido a que en el mes de abril de 2007 se declaró la nulidad parcial de las actuaciones y hasta el día 25 de mayo de 2010 no se volvió a dictar nuevo Auto de señalamiento de juicio oral, es claro que la causa sufrió un retraso o demora injustificado y desproporcionado, lo cual evidencia la corrección de la resolución de

instancia en lo referente a la apreciación de la mencionada circunstancia atenuante con el carácter de simple.

D) Daño moral.

I.- Alega el recurrente que la Sentencia no condena a indemnizar el daño moral (reclamación peticionada en el escrito de acusación), indicando que conforme a la lógica los hechos cometidos por los acusados tuvieron que causar un menoscabo moral al Sr. Martín.

En este sentido, resulta indiscutible que una situación como la narrada ha venido a perturbar el estado psíquico y emocional de la víctima, provocando que el Sr. Martín haya sufrido graves perjuicios morales que deben ser indemnizados, y cuya cobertura viene prevista en el artículo 113 del Código Penal.

Es decir, es indudable que se ha producido un menoscabo en la dignidad, sosiego y equilibrio emocional de la víctima, extremo confirmado además en el caso de autos por el Informe de la Sra. Arritokieta Tolosa (folio 1.059) en el que se afirma que el paciente a consecuencia de estos hechos tuvo un cuadro característico de estrés postraumático (episodios de angustia, persecutoria, temor e inseguridad, nerviosismo cuando relata los hechos, sueños recurrentes, malestar psicológico, etc.).

No obstante, se ha de tener en cuenta que la indemnización por menoscabo moral ya se encuentra recogida de manera implícita en el Baremo de accidentes de circulación, aplicado de forma analógica al presente supuesto en la sentencia de instancia.

II.- En este sentido, la acusación particular solicita la cantidad de 40.000 euros por todos los conceptos (lesiones, secuelas psíquicas y físicas y daño moral) y la Sentencia combatida fija la indemnización en la suma de 7.670 euros por lesiones, días de sanidad y secuelas.

Al respecto, es criterio de este Tribunal tener en cuenta la fundamental circunstancia de que el invocado Baremo se encuentra previsto para accidentes de circulación (hechos de naturaleza fundamentalmente imprudente), por lo que en los supuestos de injustos dolosos

o intencionados consideramos de lógica y justicia incrementar la cobertura indemnizatoria fijada en dicho Baremo.

Por todo ello, consideramos justo y razonable, en atención a las circunstancias concurrentes, elevar la cuantía de la indemnización por todos los conceptos, incluido el daño moral y a salvo el detrimento de la vestimenta, a la suma de diez mil euros a cargo de los acusados y a favor de la víctima en compensación a los padecimientos sufridos.

E) Lesiones psíquicas.

I.- La acusación particular considera que las lesiones psíquicas tardaron en curar 1.203 días (hasta el 30 de mayo de 2008) y no 137 días.

La Sentencia de instancia señala que la víctima tardó 137 días en curar las lesiones, 102 de ellos impeditivos para las ocupaciones habituales; señala que de la declaración de la psicóloga tan solo resulta acreditado que el denunciante sufrió desasosiego por la cercanía del juicio, precisando de ayuda psicológica en relación al mismo, pero no se ha acreditado la existencia de lesiones psicológicas, ni secuelas del mismo carácter derivadas de los hechos.

Asimismo, se expresa que la perito de la acusación particular Sra. Tolosa tras ratificarse en su informe, aportado como documento nº 19 de las actuaciones por la acusación particular, manifestó que es psicóloga clínica, pero al ser interrogada por las secuelas del perjudicado se limitó a referirse a las dificultades iniciales del Sr. Martín para relatar los hechos ... es llamativo que el tratamiento se inició en 2007, dándose el alta en abril de 2008, indicando la perito que comenzó porque el perjudicado se acercó entonces a su consulta, en fechas coincidentes con el primer señalamiento del juicio, hecho que desvirtúa el nexo causal con lo sucedido en 2005, dado que sin perjuicio de que resulte evidente que el recuerdo de una agresión pueda ser perjudicial, también es habitual que las víctimas de agresiones presenten ansiedad en fechas próximas a un señalamiento de juicio, originadas por éste y por el recuerdo de los hechos, pero no directa y causalmente por los hechos objeto de enjuiciamiento; es más, a preguntas de la Sra. Fiscal la perito afirmó de manera tajante que son dos cosas distintas, una el estrés postraumático, y otra el desasosiego y la ansiedad que provoca la cercanía de un juicio, admitiendo a preguntas de la Sra. Fiscal que tras los hechos el perjudicado se sometió a tratamiento en otro centro, respecto del que no se ha aportado documentación ni pericial alguna. Indicó que en la fecha actual el acusado está curado, lo que descarta la existencia de secuelas en este momento.

II.- En consecuencia, el discurso elaborado por la Juzgadora de instancia para justificar la conclusión alcanzada sobre este particular resulta totalmente lógico, correcto y coherente, motivo por el que se debe rechazar el peticionario incremento de resarcimiento pecuniario con base en las lesiones o secuelas psíquicas alegadas

QUINTO.- Costas.

Conforme al artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es procedente declarar de oficio las costas devengadas en esta segunda instancia al no apreciarse temeridad o mala fe en ninguno de los recurrentes.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

1.- Debemos desestimar y desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Óscar Mejías Abad, en nombre y representación de don Antonio Rodríguez Herrero, don Alberto Luengo Luque, don Cristian José Rivera González y don Daniel Carrillo Perles, contra la sentencia dictada en fecha 30 de diciembre de 2010, por la Ilma. Magistrada-Juez que sirve el Juzgado de lo Penal nº 5 de Donostia-San Sebastián.

2.- Debemos desestimar y desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Olga Miranda Fernández, en nombre y representación del partido político Zutik contra la indicada Sentencia.

3.- Debemos estimar y estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Ainhoa Kintana Martínez, en nombre y representación de don Miguel Ángel Martín Conde, contra la indicada Sentencia, en el solo sentido de fijar la cuantía que los cuatro acusados deben indemnizar conjunta y solidariamente a don Miguel Ángel Martín Conde en la cantidad de diez mil euros (10.000 euros) por lesiones, días de sanidad, secuelas y daño moral, más los 45 euros por los perjuicios en la ropa.

Se declaran de oficio de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles que contra la misma no cabe recurso alguno.

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

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por los Magistrados que la dictaron, una vez celebrada audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretaría Judicial doy fe.