



Roj: SAP GU 429/2007
Id Cendoj: 19130370012007100430
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Guadalajara
Sección: 1
Nº de Recurso: 15/2006
Nº de Resolución: 15/2007
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: ISABEL SERRANO FRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL

GUADALAJARA

ROLLO DE APELACIÓN Nº 15/06

JUZGADO DE PROCEDENCIA: Juzgado de Instrucción num. 3 de Guadalajara

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: Sumario 4/2005

PROCESADO: Vicente , Cosme

Procurador: SRA. HERANZ GAMO, SRA. GARCIA GARCIA

Letrado: SR. SOLANO RAMIREZ, SRA. DE MIGUEL AMBITE

ACUSACIÓN PARTICULAR: Carlos Antonio , IZQUIERDA UNIDA

Procurador: SRA. HERNANDEZ ARROYO, SRA. CALVO BLAZQUEZ

Letrado: SR. MONGE, SR. HERANZ

=====

ILMAS. SRAS. MAGISTRADAS

Dª CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA

Dª ISABEL SERRANO FRÍAS

Dª Mª ÁNGELES MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ

=====

SENTENCIA Nº 15/07

En Guadalajara a diecinueve de Octubre de dos mil siete.

Visto en juicio oral y público los autos de sumario num. 4/2005 Rollo de Sala 15/06 procedente del Juzgado de instrucción num.3 de Guadalajara seguido por un delito de **homicidio** y una falta de maltrato frente a Vicente , mayor de edad asistido del letrado Sr. Solano Ramírez y representado por el Procurador Sr. Heranz Gamó, privado de libertad por esta causa desde el 8/2/05 hasta el 10/10/05, y dos faltas de maltrato en relación a Cosme , mayor de edad, defendido por la Letrado Sra. De Miguel Ambite y representado por el Procurador Sra. García García, siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal, Carlos Antonio asistido del Letrado Sr. Monge y la Procuradora Sra. Hernández Arroyo, ejercitando la acción popular Izquierda Unida bajo la asistencia letrada del Sr. Heranz Gamó y la representación de la Procuradora Sra. Calvo, siendo designada Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña ISABEL SERRANO FRÍAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En sesión que tuvo lugar el día 16 de octubre de 2007 se celebró ante este Tribunal el juicio oral y público en la causa instruida por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Guadalajara, con el número de Sumario 4 de 2005. Se practicaron las pruebas que, propuestas por las partes en sus escritos de acusación y defensa, fueron admitidas y que consistieron en interrogatorio del proceso, testifical, pericial y documental, todo ello con el resultado que consta en el acta levantada al efecto por la Secretario Judicial.

SEGUNDO.- En trámite de conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal elevó las formuladas con carácter provisional a definitivas considerando a Vicente autor de un delito de **homicidio** en grado de tentativa y una falta de maltrato y a Cosme de dos faltas de maltrato de obra sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, calificación a la que se adhirió la acusación particular y la popular si bien esta última interesó la aplicación de la circunstancia agravante del art. 22 apartado 4 del Código penal.

El Letrado de la defensa de Vicente solicitó la condena por un delito de lesiones con instrumento peligroso con la aplicación de las circunstancias atenuantes de legítima defensa y reparación del daño, mientras que la defensa de Cosme instó la libre absolución.

TERCERO.- En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales de orden procesal.

HECHOS PROBADOS

Los procesados Vicente y Cosme, mayores de edad y sin antecedentes penales acudieron sobre las 2,15 horas del día 6/2/2005 al bar Chinasqui, sito en la plaza de San Esteban de Guadalajara, dirigiéndose a un grupo de personas situadas al fondo del local, entre las cuales se encontraban Carlos Antonio, Íñigo y Juan Miguel, donde Vicente exigió explicaciones sobre unas pintadas aparecidas en las inmediaciones de su domicilio, derivando el enfrentamiento verbal en una pelea entre Vicente y Carlos Antonio, dirigiéndose ambos, con empujones y golpes recíprocos, hacia la salida, seguidos por parte del público concurrente que intentaba echar del local a los dos enjuiciados, sin que conste que nadie más interviniera en la reyerta, sacando el procesado Vicente, al llegar a la entrada del Bar una navaja que portaba, de ocho cm. de hoja, clavándosela a Carlos Antonio en tres ocasiones que le ocasionaron tres heridas incisas, ninguna de las cuales afectó a órganos vitales: Una penetrante en el hemitórax izquierdo, región subaxilar que no afecta al pulmón pero provoca un neumotórax. Otra en fosa iliaca derecha por la que sale contenido epiploico afectando a colon derecho, provocándole dos heridas por las que no sale contenido fecal. Una tercera superficial en región distal antero lateral de muslo derecho de 2 cm. de longitud. De estas lesiones la víctima tardó en curar tras recibir tratamiento médico y quirúrgico consistente en inmovilización y sutura de las heridas y laparotomía, 81 días de los que 9 fueron de ingreso hospitalario y 40 improductivos. Como secuelas le han quedado 5 cicatrices quelídeas, una de 4 cm. en axila izquierda, otra de 5cm. en F.I.D., otra de 13x1,5 cm. de mesogastrio hacia F.I.D., otra de 2cm. en F.I.D. y una en el muslo derecho de 2 cm. que le producen un daño estético moderado. El procesado ha consignado la cantidad de 15.134,33 euros que han sido entregados al lesionado en concepto de indemnización.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se hace preciso examinar, en primer lugar, por haber constituido el núcleo central del debate en el curso del Juicio Oral y diríamos que incluso durante toda la tramitación previa, la concurrencia o no de un ánimo de matar en el agente, a los efectos de incardinar su conducta en el delito de **homicidio** que se propugna por el Ministerio Fiscal y las acusaciones particular y popular o en el de lesiones con arma peligrosa como admite la defensa.

La diferenciación entre el «animus laedendi» y el «animus necandi», cuando de formas imperfectas de **homicidio** se trata, ha sido reiteradamente abordado por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que, tratándose de un elemento subjetivo, habrá de ser inferido de los elementos objetivos o de hecho de que disponga el juzgador, entre los que destacan: a) los antecedentes de hecho y las relaciones entre el autor y la víctima; b) la clase de arma utilizada; c) la zona del cuerpo a la que se dirige la agresión; d) el número de los golpes; e) las circunstancias que rodean la acción y f) la causa de delinquir (SSTS 20 febrero 1987 [RJ 1987\1274], 23 marzo 1987 [RJ 1987\2196], 12 febrero 1990 [RJ 1990\1489 y RJ 1990\1467], 23 febrero 1993 [RJ 1993\1489] y 19 mayo 1994 [RJ 1994\3935], entre otras muchas).

El delito de **homicidio** y el de lesiones en definitiva, no plantean ninguna diferencia sustancial en lo atinente al denominado tipo objetivo, pues la acción externa y el resultado son encuadrables en ambos tipos penales. La diferencia ha de encontrarse por tanto como apuntábamos anteriormente en el tipo subjetivo y para

la formación de una convicción sobre el ánimo del sujeto se ha acudido a numerosos criterios de inferencia, señalados en el párrafo precedente pero que no son únicos ni de obligada concurrencia en todos y cada uno de los casos, ni constituyen un numerus clausus, ya que lo que se pretende es que el Tribunal obtenga una conclusión racional que objetive, en la mayor medida posible, el elemento subjetivo de la acción. A ello apunta la doctrina jurisprudencial pudiendo citarse entre otras la STS núm. 1797/2002 (Sala de lo Penal), de 25 octubre Recurso de Casación núm. 479/2001. RJ 2002\9995 que afirma como "Es doctrina reiterada de esta Sala que el ánimo o intención de matar, que constituye el elemento o base subjetiva del delito de **homicidio**, puede ser un hecho y como tal figurar en el «factum» de la Sentencia, si existe prueba directa derivada de una manifestación veraz de acusado, libremente expresada; pero, con mayor frecuencia, hay que deducir tal voluntad o ánimo del sujeto mediante una prueba indirecta e indiciaria, a través del correspondiente juicio axiológico o de valor, partiendo del conjunto de circunstancias que hayan rodeado la perpetración de hecho, teniendo en cuenta además cuantos actos del agresor, anteriores, simultáneos o posteriores a la acción, permitan esclarecer sus pensamientos. Así, en la Sentencia de esta Sala 2255/2001, de 7 de diciembre (RJ 2002\6106), se declara que la dicotomía «animus laedendi»-«animus necandi» pone claramente de manifiesto la particular forma de alcanzar la verdad histórica de lo ocurrido porque el juzgador lo que percibe no son los hechos acaecidos directamente, sino las pruebas a través de las cuales pueden reconstruirse aquéllos, y es precisamente en base a esa percepción que puede avanzarse en el campo del juicio de intenciones que albergara el autor de la agresión, que por pertenecer al campo íntimo del agresor no puede ser aprehendido de forma objetiva sino a través de una serie de datos de diversa intensidad y de naturaleza complementaria que permitan alcanzar la inferencia relativa a cuál pudo ser la intención del agresor, inferencia que es inductiva en la medida que por vías oblicuas trata de concretar con la intención del agente." A estas consideraciones añade nuestro Alto Tribunal que "es al Tribunal sentenciador al que corresponde realizar esa inferencia inductiva atendiendo a las declaraciones del agresor, de su víctima, de las lesiones producidas, de la zona del cuerpo afectada y de las circunstancias que precedieron y acompañaron a la agresión".

Con este punto de partida habrá que entrar a examinar la prueba practicada comenzando por las circunstancias que rodearon la agresión, que se desarrolla en un local de copas frecuentado al parecer por personas dentro de lo que son las "tribus urbanas", de vestimenta punki, lugar al que llegó el procesado Vicente acompañado de su amigo el también encausado Cosme, dirigiéndose el primero a un grupo de gente entre los que se encontraba el lesionado a pedir explicaciones por unas pintadas en las inmediaciones de su domicilio, sin que conste que tuviera como destinatario principal de su exigencia al lesionado, ni tenga indicio probatorio alguno este Tribunal de previo enfrentamiento personal entre ambos, produciéndose una situación de tensión que desencadenó en el enfrentamiento directo del procesado con el perjudicado Carlos Antonio, dándose ambos puñetazos, según declara en el plenario este último, no existiendo prueba de intervención directa de mas personas, si bien si cabe apuntar que al menos, según declara Carlos Antonio, medió con animo disuasorio el camarero del local "cogió a Vicente para que se fuera", insistiendo esta Sala que no se deduce un interés personal de enfrentamiento personal sino mas bien una cierta rivalidad o desconfianza entre grupos de jóvenes con diferentes ideales, siendo ciertamente temerario pensar que el ánimo inicial que guiara al procesado al entrar en el local fuera algo mas que provocar con sus exigencias o petición de explicaciones algo más que una situación de enfrentamiento, tensión o violencia verbal, teniendo en cuenta que era consciente que en ese lugar no iba a encontrar mucho apoyo por los concurrentes. Junto a estas consideraciones hay que referirse necesariamente a elementos como el arma empleada, el número de golpes y las zonas del cuerpo afectadas por la agresión. Ciertamente el arma empleada por sus dimensiones, ocho cm. de hoja es evidente que puede ser un arma letal siendo a priori el numero de agresiones y la zona del cuerpo afectado por dos de ellas un indicio que podría apuntar a un animus necandi, si bien ello no puede desconectarse de factores como la profundidad de las heridas causadas y ello a su vez en relación con la corpulencia de la víctima, pues de ahí se obtendrá otro indicio a valorar para descubrir el animo que guiaba al agresor. Al efecto es decisiva la prueba pericial desarrollada en el plenario donde los médicos forenses ratificaron los informes emitidos y aclararon algunas dudas en relación con la profundidad de las heridas incisas ocasionadas por el agresor con arma blanca. Así en el informe obrante al folio 304 de los autos se reflejaban tres heridas una de ella en hemitórax izquierdo que no lesiona pulmón ni paquetes vasculonerviosos aunque si provoca un neumotórax. Otra herida en fosa iliaca derecha afectando a colon derecho y una tercera en región distal antero lateral de muslo derecho. De las mismas es obvia la gravedad de las dos primeras por las zonas afectadas, si bien en cuanto a la del hemitórax izquierdo es, como declara la medico forense en el plenario, potencialmente peligrosa por la cercanía del pulmón pero no hubo afectación de órganos, y la segunda no llegó a perforar derivando la peligrosidad del riesgo de infección. Estos datos hay que relacionarlos como apuntábamos con la profundidad de las heridas extremo sobre el que pasaron por alto todas las acusaciones pese a su trascendencia, respondiendo la perito en este punto a preguntas de la Magistrado Presidente del

Tribunal, que concretó que las dimensiones que reflejan los informes médicos son longitudinales es decir de la cicatriz, y que la profundidad sería aproximadamente de 2 cm. una y de 0,5 cm. la otra, lo que constituye un dato importante pues, sin quitar gravedad a las lesiones por las zonas afectadas y el arma utilizada desvirtúa el ánimo de matar y nos sitúa más cerca del ánimo de lesionar, máxime si tenemos en cuenta que la víctima es una persona delgada, con menor resistencia por tanto a la penetración, lo que denota la escasa contundencia del impacto.

Nuevamente hemos de referirnos a la doctrina jurisprudencial para valorar los datos expuestos destacando como el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de establecer que no bastan los datos de la naturaleza del arma y zona anatómica en que se pueda producir la agresión para deducir la existencia del propósito homicida (sentencia de 6 de noviembre de 1991 [RJ 1991\7954]), y del mismo modo ha señalado que el peligro de muerte no es de por sí factor determinante en cuanto a la valoración de la intención o ánimo de matar o de lesionar, que ha de obtenerse a partir del juicio de valor o inferencia que el Tribunal asuma a la vista de las pruebas practicadas (sentencia de 17 de enero de 1997 [RJ 1997\57]), para destacar, en fin, que las dudas racionales y justificadas sobre la intención letal han de resolverse en aplicación del principio «pro reo» (sentencias de 25 de junio de 1984 [RJ 1984\3681] y 7 de mayo de 1986 [RJ 1986\2424], entre otras).

No puede afirmarse tampoco que los navajazos asestados a Carlos Antonio fueran precedidos de una deliberada selección de la zona anatómica alcanzada teniendo en cuenta que ambos estaban enzarzados en una pelea, lo que unido a la escasa penetración de las heridas originadas en las zonas más vulnerables - tórax y fosa ilíaca- cabe interpretar como relevante indicio de que el propósito del agresor era el de lesionar a su oponente, ya que la hoja del arma permitía, de haberle impulsado con la fuerza adecuada, penetrar en las cavidades citadas.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, este Tribunal no ha llegado al pleno convencimiento de que fuera un «animus necandi» el que motivó la acción agresora, como sustentan las acusaciones, pública particular y popular, pues, tras una meditada valoración «en conciencia» de las pruebas practicadas (art. 741 de la LECrim), seguimos albergando dudas de que el propósito perseguido por el procesado fuera segar la vida ajena; de ahí que consideremos que éste actuó movido tan sólo por la intención de lesionar a su oponente. Es cierto que la utilización de un arma blanca, la pluralidad de golpes y la zona del cuerpo al que se dirigen los mismos, constituyen datos que permiten -así sucede en muchos casos- inferir un dolo de matar en quien realiza una acción similar a la que enjuiciamos; pero en este caso, existen otras circunstancias que deben valorarse y que debilitan una consideración de ese tipo pues a pesar del conocido poder penetrante de las armas blancas, más aún en una zona como esa, el golpe no se produjo con la fuerza normal y necesaria para que ello fuera así, habiendo informado los peritos médico forenses que en este caso no había órganos vitales afectados. Por otro lado no consta un enfrentamiento personal previo entre agresor y víctima más allá del que deriva de pertenecer a grupos no afines, sin que pueda hablarse en sentido propio de revancha o "vendetta", acción que carecería del mínimo sentido desarrollar dos personas frente a un grupo más numeroso y en un ambiente en cierta medida hostil, todo lo cual nos reafirma en la idea de que nos encontramos ante un desgraciado caso más de una pelea entre jóvenes, alejada de cualquier finalidad de acabar con la vida de alguien, aunque la utilización de armas blancas en situaciones como esas, entraña a veces fatales consecuencias, lo que afortunadamente en este caso no sucedió.

SEGUNDO.- Procede, en consecuencia, conceputar los expresados hechos como constitutivos de un delito de lesiones dolosas, con empleo de instrumento peligroso, tipificado en los arts. 147.1 y 148.1, del Código Penal de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), por resultar más favorable al reo.

Concurren los distintos elementos configuradores del expresado delito, como son: un menoscabo a la integridad corporal del sujeto pasivo, que se concretó en lesiones para las que precisó tratamiento médico hasta su completa curación; el «animus laedendi», integrante del dolo genérico de las lesiones, cuyo dolo contiene siempre un elemento de eventualidad, referido a la mayor o menor entidad de la lesión que, en definitiva, se cause, pero no a la propia existencia de esa lesión que se quiere y se busca causar con el acto agresivo (STS 29 octubre 1993 [RJ 1993\7993]), y que en el presente se evidencia del voluntario acometimiento. Tampoco ofrece ninguna duda la consideración del arma utilizada como instrumento peligroso, admitiendo el propio acusado ser consciente de que es un instrumento que podría causar incluso la muerte.

Poco hay que añadir tras lo expuesto por lo que se refiere a la falta de maltrato que se le imputa al procesado que estaría integrada, según el relato de hechos del Ministerio Público, por dar una colleja a Carlos Antonio pues de la prueba practicada solo resulta una provocación primero verbal del procesado que desemboca en un enfrentamiento físico donde se produce la grave agresión al perjudicado quedando subsumido en este tipo los posibles maltratos integrantes de faltas que pudieron preceder a los navajazos.

TERCERO.- Del citado delito es responsable en concepto de autor el procesado Vicente por su participación directa, voluntaria y material en los hechos, de conformidad a los artículos 12.1 y 14.1 del Código Penal (RCL 1973\2255 y NDL 5670); no habiéndose cuestionado en ningún momento la autoría centrándose la discrepancia en la calificación jurídico penal de los hechos, siendo indiferente que el autor de las lesiones negara ser la navaja encontrada la que utilizó, teniendo en cuenta que según consta en el informe pericial 487 - A2-05 que obra en los folios 307 y siguientes la sangre que había en el arma tiene un perfil genético coincidente con el encontrado en la saliva de Carlos Antonio, no habiéndose podido obtener las huellas dactilares de la empuñadura dado lo rugoso de su superficie, no existiendo duda alguna por tanto, admitida la utilización de una navaja por el procesado, de que se trata del arma con la que agredió Vicente a Carlos Antonio.

CUARTO.- Por lo que respecta a la acusación dirigida frente al enjuiciado Cosme entiende esta Sala que no se ha destruido la presunción de inocencia que le ampara, siendo insuficiente la prueba de cargo respecto a las imputaciones frente al mismo formuladas, con notables contradicciones, y así por lo que se refiere a la falta de maltrato sobre Carlos Antonio queda sin contenido por las manifestaciones del lesionado en el plenario donde afirma con rotundidad que " Cosme no le agredió".

En cuanto a la falta igualmente de maltrato que se imputa a Cosme sobre Juan Miguel, declara este último que Íñigo le dio una colleja, en clara contradicción con lo manifestado en fase de instrucción donde afirmó que le dieron una colleja, que fue Vicente, mencionando entonces que "el otro chico le dio un puñetazo", puñetazo que no menciona en el Juicio Oral, careciendo así la manifestación inculpatoria de la suficiente coherencia y entidad para constituir prueba de cargo apta para dar lugar a un pronunciamiento condenatorio.

QUINTO.- En la comisión del referido delito concurre la circunstancia atenuante de reparación del daño al haber indemnizado el agresor a la víctima en la cantidad de 15.134 euros que prácticamente coincide con la interesada por el Ministerio Público y la acusación particular que se considera plenamente resarcida en el orden civil. Consiste esta circunstancia en «haber procedido el culpable a reparar el daño causado ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral» A ella se ha referido el TS en sentencias como la núm. 2/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 16 enero Recurso de Casación núm. 1043/2006. RJ 2007\252 según la cual "tiene declarado esta Sala de forma pacífica y reiterada que el art. 21.5ª CP considera circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

El fundamento de la atenuación se ha encontrado generalmente en la satisfacción de las necesidades de tutela de la víctima del delito. Si claramente es precisa una reacción del Estado ante los ataques dirigidos contra los bienes jurídicos que se consideran más necesitados de protección, no menos conveniente resulta atender a la víctima de tales ataques, estableciendo las vías adecuadas para la restitución de las cosas al estado anterior al delito o, de no ser posible, para la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios causados. Así hemos dicho en la STS núm. 1517/2003, de 18 noviembre (RJ 2003\9237), que esta circunstancia, «por su fundamento político criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del Legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito». Más adelante, esta misma sentencia señala que «como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (Sentencia núm. 285/2003, de 28 de febrero [RJ 2003\2451], entre otras), lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad». En el mismo sentido la STS núm. 1643/2003, de 2 de diciembre (RJ 2003\8857) y la STS núm. 285/2003, de 28 de febrero (RJ 2003\2451), entre otras.

Por lo tanto, son principalmente razones de política criminal orientadas a la protección de las víctimas de toda clase de delitos, las que sustentan la decisión del legislador de establecer una atenuación en la pena en atención a actuaciones del autor del delito, posteriores al mismo, consistentes en la reparación total o parcial, aunque siempre ha de ser significativa, del daño ocasionado por la conducta delictiva. Ello sin desconocer que también puede ser valorable la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del artículo 21.5ª

no lo exija. En el mismo sentido cabe citar la Sentencia Tribunal Supremo núm. 1006/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 20 octubre Recurso de Casación. RJ 2006\812. Estas consideraciones teniendo en cuenta la consignación efectuada por el procesado llevan a aplicar la referida circunstancia.

No se considera, sin embargo, por este Tribunal que se hayan acreditado la concurrencia de los requisitos de las restantes circunstancias, ni la agravante del art. 22.4 del Código Penal ni la atenuante de legítima defensa del mismo texto legal.

En cuanto a la circunstancia agravante mencionada, a ella se refiere el artículo 22.4 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) que recoge como agravante la comisión del delito por motivos racistas o de otra índole semejante que describe a continuación. La especial incidencia de las agravantes de esta naturaleza sobre la medida de la culpabilidad exige que se de una exteriorización clara, precisa e intencional de la voluntad o motivación basada exclusivamente en motivos raciales o ideológicos. A dicha agravante se refiere la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal supremo de fecha 24 de abril de 2002 (RJ 2002\4835), número 713/2002, recurso 965/2000, en los siguientes términos: «La agravante aplicada en la sentencia recurrida cuenta aún con un breve período de existencia. Introducida con carácter claramente urgente en el anterior número 17 del artículo 10 del Código Penal de 1973 (RCL 1973\2255), en fecha tan solo en unos meses anterior a la adopción del Código Penal de 1995, por la Ley Orgánica 4/1995 de 11 de mayo, atendió su aparición a una preocupación política suscitada a su vez por la alarma social provocada por el incremento de actos delictivos contra las personas y el patrimonio con trasfondo xenófobo y racista y relacionados con los orígenes étnicos o nacionales o con la ideología, religión o creencias de la víctima. La innovación ha pasado al texto del Código Penal de 1995, suprimiendo la limitación de que los delitos en que pueda apreciarse la agravante sean sólo contra las personas y el patrimonio, y, aunque no se ha librado de críticas doctrinales por referirse al aspecto motivacional de la conducta y la dificultad de su apreciación en caso en que esté dudosa esa motivación, resulta claramente aplicable en el presente caso, una vez que, de forma clara e inequívoca, se ha puesto de relieve en el relato de hechos la real existencia de una palpable y evidente motivación ideológica en los agentes del mismo que actuaban en ocasión de los hechos en un grupo que exteriorizó su oposición al de los que resultaron amenazados y agredidos, de tendencia contraria».

También se han pronunciado al respecto distintas Audiencias Provinciales como la de Lleida en sentencia de 3 de mayo de 2000 (ARP 2000\1284) que «su apreciación exige que el autor del ilícito penal haya delinquido por motivos discriminatorios, es decir, precisamente en atención a la raza de la víctima, elemento motivacional que exige una prueba -normalmente indiciaria- acerca de los sentimiento racistas que constituyeron precisamente el motivo de la comisión del delito», que siguen otras como la de Madrid en sentencia de 21.06.01 (ARP 2001\733). También dicen otras sentencias como la de la Audiencia Provincial de Badajoz de 18.05.04 (JUR 2004\173883) que «La aplicación de la agravante demandará la prueba plena tanto del hecho y la participación del acusado, como de la condición de la víctima y la intencionalidad del autor, elemento este último de carácter subjetivo relativo al móvil o ánimo específico que ha de inspirar la acción del autor y que no ha de ser otro que alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia». En esencia pues cabe afirmar y según se desprende de su propio tenor literal («cometer») que cualesquiera de las motivaciones que en el precepto se mencionan debe erigirse en razón última del hecho criminal, en otros términos el motivo que determina su perpetración.

En el caso que nos ocupa, no sólo carecemos de la necesaria precisión en los datos que dan vida al elemento subjetivo de la agravante sino que los propios implicados han negado su pertenencia a organización política o similar de cualquier clase, lo que desvincula lo acontecido del aspecto puramente ideológico, insistiendo en que la relación a efectos de la agravante ha de ser directa y motivo esencial de la actuación, y en el supuesto enjuiciado se trata de un enfrentamiento entre grupos no afines originado tal vez por una actitud en cierta forma provocativa del acusado, conducta derivada de un incidente concreto, unas pintadas, sin que pueda mantenerse tenga la agresión como trasfondo motivos discriminatorios.

Tampoco concurre la circunstancia atenuante invocada por la defensa de legítima defensa incompleta por existir un exceso en los medios de defensa utilizados, porque como establece reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, es doctrina consagrada, la de que cuando hay una situación de riña libremente aceptada, con mutuo acometimiento y recíproca agresión, no puede llegarse a la conclusión de existencia de legítima defensa, ni completa ni incompleta, al faltar el requisito básico y cardinal, de prioritaria estimación, de la agresión ilegítima, comenzando la contienda por una provocación al menos en su inicio verbal por parte del procesado, desencadenándose el incidente sin solución de continuidad, viéndose procesado y perjudicado implicados en una contienda con recíprocos acometimientos.

Teniendo así en consideración la pena asignada al delito de lesiones con instrumento peligroso, la concurrencia de una circunstancia atenuante, así como el resto de los datos relativos al desarrollo de la agresión, se estima procedente la pena de dos años de prisión como proporcionada a la gravedad objetiva del hecho y a la culpabilidad del acusado.

SEXTO.- Todo responsable penal lo es también civilmente, habiendo sido plenamente resarcida la víctima al consignar el procesado la cantidad reclamada en concepto de responsabilidad civil por lo que nada hay que añadir al respecto.

SEPTIMO.- En cuanto a las costas procesales causadas se imponen al responsable penal Vicente, con inclusión expresa de las causadas a la acusación particular derivadas de la defensa y representación del perjudicado al aplicarse al caso la doctrina sentada sobre el particular por el Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras de 2 noviembre 1989 (RJ 1989\8533), 9 marzo 1991 (RJ 1991\1958), 27 diciembre 1993 (RJ 1993\4800), 26 septiembre 1994 (RJ 1994\7194) y 3 y 25 abril 1995 (RJ 1995\2806 y RJ 1995\2874) en el sentido de incluir tales costas siempre que la postura de la acusación particular presente caracteres homogéneos con la del Ministerio Público siendo sólo rechazables cuando haya introducido tesis y peticiones inviables, perturbadoras y absolutamente heterogéneas, declarándose de oficio las correspondientes a las faltas tanto en relación a Vicente como por las que era acusado Cosme y de las que ha sido absuelto.

No cabe incluir en la condena en costas las derivadas de la acusación popular de acuerdo con una reiterada jurisprudencia entre la que cabe citar la "Sentencia Tribunal Supremo núm. 61/1995 (Sala de lo Penal), de 2 febrero 1996 Recurso núm. 1735/1995. RJ 1996\788 que recoge "La legitimación para la cualidad de acusador particular dimana del carácter ofendido por el delito, por tratarse de la víctima de la infracción punible. Se le permite en el art. 783.2 «mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela» en el Procedimiento Abreviado, no se le exige fianza, pues si bien ésta se impone con general al particular querellante (art. 280) se exceptúa de la necesidad de tal prestación al ofendido y sus herederos o representantes legales (art. 281).

El art. 125 de la Constitución Española señala que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular» y la Ley Orgánica del Poder Judicial recoge en su art. 19.1 que «los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley», señalando en el art. 20.3 que «no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular que será siempre gratuita».

También la Ley Procesal Penal se ocupa de la acción popular, al recoger en su art. 101 que «la acción penal es pública», añadiendo que todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley, repitiendo el art. 270 del mismo texto normativo que «todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse ejercitando la acción popular establecida en el art. 101 de esta ley».

Ahora bien, existe una diferencia fundamental en la imposición de las costas de la acusación particular al condenado como autor de un delito, de las determinadas por la acusación popular. En el primer caso, se trata de un directo ofendido por la infracción y parte actora civil en la casi totalidad de los casos como perjudicado, y no debe minorársele la indemnización con gastos de sus rivales que pueden y deben ser atribuidos al autor del delito del que dimana su condición de ofendido y perjudicado y la necesidad de su resarcimiento. Más ello no puede predicarse igualmente del acusador popular, que legitima a cualquier ciudadano a actuar ejecutando como litisconsorte del Fiscal la pretensión punitiva, pero no resarcitoria. Por ello no deben incluirse nunca las costas de la acusación popular.

Mantén el T.S. en su Sentencia 224/1995, de 21 febrero (RJ 1995\1417), que el art. 240.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé la imposición de costas al querellante particular o actor civil; y de ello no puede deducirse nunca, por hermenéutica de sentido contrario, que la acción popular posibilitada constitucionalmente por los arts. 125 de la Constitución Española, 19 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, produzca una inflexión en los gastos del proceso repercutibles sobre la parte acusada. Ciertamente es que la condena en costas no se concibe ya como sanción, sino como mero resarcimiento de gastos procesales; pero no menos exacto es que el ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica delictiva nunca puede, cuando existe una acusación pública oficial ejercitada por el Ministerio Fiscal, dar origen a tal forma de resarcimiento y repercutirla aditivamente sobre el acusado condenado". En la misma línea la Sentencia Tribunal Supremo núm. 703/2001 (Sala de lo Penal), de 28 abril Recurso de Casación núm. 4166/1999. RJ 2001\7122 que se remite a la de 29-3-1999 (RJ 1999\3128), «la jurisprudencia de esta Sala, ha distinguido claramente las costas correspondientes a la "acusación particular" y las de la



"acusación popular", en el sentido de que procede la imposición de las primeras al condenado, siempre que la correspondiente posición acusadora se haya desarrollado normalmente, sin que sus tesis e intervenciones en el proceso puedan tildarse de absolutamente irrelevantes, escandalosamente dispares con las mantenidas por la acusación pública, superfluas o incluso perturbadoras del normal desenvolvimiento del procedimiento - Sentencias del Tribunal Supremo de 8 febrero (RJ 1995\832) y 3 abril de 1995 (RJ 1995\2806), entre otras-; en tanto que respecto de las segundas mantiene un criterio contrario, al no concurrir en la acusación popular las características propias de la acusación particular, en la que existe un directo ofendido por la infracción que además suele intervenir en el proceso como actor civil en su condición de perjudicado por la infracción penal, "ad exemplum" Sentencia del Tribunal Supremo de 2 febrero 1996 (RJ 1996\788).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos al procesado Vicente como autor penalmente responsable de un delito de lesiones con instrumento peligroso del art. 147 y 148.1 del Código Penal a la pena de dos años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales devengadas incluidas las de la acusación particular correspondientes al delito, habiendo abonado la cantidad correspondiente a la responsabilidad civil de la que se ha hecho cargo el perjudicado. Se absuelve al procesado de la falta de maltrato que se le imputaba.

Asimismo debemos absolver y absolvemos al acusado Cosme de las faltas de maltrato por las que se formuló acusación, declarando de oficio las costas correspondientes a las faltas.

Abónese al penado para el cumplimiento de la pena de prisión el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Así, por esta Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Doy fe.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de esta Audiencia Provincial, estando la misma celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha, certifico.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.