

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección Séptima

Rollo 16/2011-PO-

Órgano Procedencia: JDO. INSTRUCCION N. 36 de MADRID

Proc. Origen: SUMARIO (PROC. ORDINARIO)nº 2/2011

SENTENCIA Nº 34/2013

Presidenta:

D^a M^a LUISA APARICIO CARRIL

Magistradas

D^a. ÁNGELA ACEVEDO FRÍAS

D^a. ANA ROSA NÚÑEZ GALÁN

En MADRID, a diecinueve de marzo de 2013.

VISTA en juicio oral y público, ante la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial la causa instruida con el número 2/2011, procedente del Juzgado del JUZGADO DE INSTRUCCION nº 36 de MADRID y seguida por el trámite de PROCEDIMIENTO ORDINARIO por delito de Lesiones del art- 149 del Código Penal, contra:

-**MYKHAYLO T** [REDACTED] con NIE número [REDACTED] nacido el quince de mayo de 1988 en Ucrania hijo de Yuriy A [REDACTED] y de Iriyna T [REDACTED]; en libertad por esta causa, estando representado por la Procuradora Dña. Sara Carrasco Machado y defendido por el Letrado D. Sergio Rubio Izquierdo.

-**JAVIER R** [REDACTED] **B** [REDACTED] con DNI número [REDACTED] nacido el ocho de septiembre de 1987 en Zaragoza hijo de Pascual y de Palmira; en libertad por esta causa, estando representado por la Procuradora Dña. Marta Hernández Torrego y defendido por el Letrado D. Pedro Pablo Peña Muñoz.

-M^a LETICIA G [REDACTED] D [REDACTED] con DNI número [REDACTED] nacido el dieciocho de febrero de 1987 en Zaragoza hija de Ángel y de Antonia; en libertad por esta causa, estando representado por la Procuradora Dña María Luisa Novillo y defendida por el Letrado D. Ángel Pelluz de la Granja.

-IVAN L [REDACTED] V [REDACTED] con DNI número [REDACTED] nacido el treinta de enero de 1980 en Madrid hijo de Julio y de María del Carmen; en libertad por esta causa, estando representado por la Procuradora Dña María Luisa Novillo y defendida por el Letrado D. Ángel Pelluz de la Granja.

Siendo partes acusadoras: el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Dña. María Jesús Armesto Rodríguez, como acusación particular Gaspar Santamaría San Juan y Laura Fernández Martín, representados por la Procuradora Dña África Martín Rico y asistidos por el letrado D Manuel Rodríguez Soto; y como acusación popular Movimiento contra la intolerancia representado por el procurador Antonio Gómez de la Serna y como Letrado D Marco Gómez de la Serna y como ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Ángela Acevedo Frías.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral, calificando definitivamente los hechos entiende que los mismos son constitutivos de un delito de de lesiones previsto y penado en el artículo 149.1 del Código Penal, del que considera responsable en concepto de autores a los acusados, concurriendo en todos los acusados la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de alevosía del art. 22.1 del Código Penal y la de discriminación del art. 22.4º del mismo Código y, alternativamente, la agravante de alevosía y la circunstancia agravante de abuso de superioridad del art. 22.2 del Código Penal solicitando la imposición de las siguientes penas:

-Para MYKHAYLO T [REDACTED], por el delito de lesiones, la pena de doce años de prisión con inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena.

-Para JAVIER R■■■■ B■■■■, MARÍA LETICIA G■■■■ D■■■■ e IVÁN L■■■■ G■■■■ la pena de 10 años de prisión con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Solicita igualmente, para todos los acusados, la imposición de la pena de aproximación a menos de 500 m a Rafael Santamaría Fernández, tanto a su persona como a su domicilio durante un periodo de catorce años así como la prohibición de comunicarse con el por cualquier medio y el pago de las costas.

El Ministerio Fiscal establece una conclusión alternativa respecto de los procesados Javier R■■■■ B■■■■, María Leticia G■■■■ D■■■■ e Iván L■■■■ G■■■■ consistente en imputarles un delito de omisión del deber de impedir delitos del art. Art, 450.1 del Código Penal interesando que les sea aplicada, a cada uno de los antes citados, la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y las costas.

El Ministerio Fiscal, en concepto de responsabilidad civil, solicita que se imponga a los procesados la obligación de indemnizar conjunta y solidariamente a Rafael Santamaría Fernández, en la suma de 300.000 euros.

TERCERO.- La acusación particular, en igual trámite, modifica sus conclusiones en el sentido de adherirse a las del Ministerio Público.

CUARTO.- La acusación popular, en igual trámite, calificando definitivamente los hechos entiende que los mismos son constitutivos de un delito de de lesiones previsto y penado en el artículo 149.1 del Código Penal, del que considera responsable en concepto de autores a los acusados, concurriendo en todos los acusados la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de alevosía del art. 22.1 del Código Penal y la de discriminación del art. 22.4º del mismo Código solicitando la imposición de la pena de doce años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta para los cuatro acusados.

CINCO.- Por las defensas de los acusados, en igual trámite, se negaron los hechos objeto de la acusación y solicitaron la libre absolución de sus respectivos defendidos.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Probado y así se declara expresamente que el día 23 de agosto de 2009, sobre las 3 horas, caminaba por la calle Arcipreste de Hita de esta Ciudad Mykhayklo T■■■■, mayor de edad y sin antecedentes penales junto con, entre otros, Javier R■■■■ B■■■■, María Leticia G■■■■ D■■■■ e Iván L■■■■ V■■■■, los tres mayores de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia.

Al pasar los cuatro al lado de Rafael Santamaría Fernández, quien se encontraba dormido en la vía pública junto a un fotomatón, Mykhayklo T■■■■, molesto porque no les habían dejado entrar en un establecimiento del que venían, pisoteó repetidamente, hasta en cinco o seis ocasiones a Rafael Santamaría Fernández en la cabeza, mientras que Javier R■■■■ B■■■■, María Leticia G■■■■ D■■■■ e Iván L■■■■ V■■■■, observaban la brutal agresión sin hacer nada para evitarla ni para ayudar a la víctima, marchándose a continuación los cuatro del lugar dejando a Rafael Santamaría Fernández malherido.

Como consecuencia de la referida agresión Rafael Santamaría Fernández, nacido el 8 de octubre de 1976, sufrió una herida contusa en la ceja izquierda y un traumatismo craneoencefálico con contusión hemorrágica intraparenquimatosa frontal parasagital izquierda de lo que tardó en curar 514 días, de los cuales estuvo 368 impedido para sus ocupaciones habituales y 146 de ellos hospitalizado, precisando para su curación de tratamiento médico neurológico y neurorehabilitador, quedándole como consecuencia de ello una grave enfermedad neurológica y psíquica que le produce alteraciones cognitivo-conductuales por las que está limitado para todo tipo de actividades de cierta complejidad como las que exigen una adecuada planificación, organización, toma de decisiones o cierto grado de razonamiento y abstracción, para todo lo cual requiere la supervisión de terceras personas.

La Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León en resolución de 23 de julio de 2010 le reconoció a Rafael Santamaría Fernández, al presentar, como consecuencia de la agresión sufrida, una discapacidad del sistema

neuromuscular y un trastorno cognitivo en ambos caso de etiología traumática, un grado total de discapacidad del 67%.

El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Zamora el 29 de marzo de 2010 dictó, en el procedimiento de incapacidad 198/2010 auto reconociendo a Gaspar Santamaría San Juan y a Laura Fernández Martín la guarda de hecho sobre su hijo Rafael Santamaría Fernández.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Los hechos que se han declarados probados son constitutivos de un delito de lesiones, previsto y penado en el art. 149.1 del Código Penal del que es penalmente responsable en concepto de autor, único, directo y material, Mykhayklo T. [REDACTED] al agredir a Rafael Santamaría Fernández, pisándole en la cabeza en repetidas ocasiones, causándole las lesiones descritas en el relato fáctico y que le han ocasionado una grave enfermedad psíquica como consecuencia de la cual el perjudicado no es capaz de valerse por sí mismo para determinados actos de su vida precisando la supervisión y ayuda de terceras personas.

Los hechos son también constitutivos de un delito de omisión del deber de impedir delitos previsto y penado en el art. 450.1 del C.P. del que son penalmente responsables en concepto de autores directos y materiales Javier R. [REDACTED] B. [REDACTED], María Leticia G. [REDACTED] D. [REDACTED] e Iván L. [REDACTED] V. [REDACTED], al no impedir ninguno de ellos a Mykhayklo T. [REDACTED] que agrediera a Rafael Santamaría Fernández causándole las graves lesiones que se describen en el relato fáctico de esta sentencia, pese a poder hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno.

SEGUNDO.- La comisión por parte de los procesados de los citados delitos, en la forma y con la calificación jurídica expuesta, resulta plenamente acreditada en atención a las pruebas practicadas, apreciadas en conciencia, en su conjunto y con inmediación, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta prueba viene constituida, en primer lugar, por las declaraciones que todos los acusados vierten en el acto del juicio oral, y por la testifical practicada en dicho acto de lo que al entender de la Sala se acredita la presencia conjunta de los cuatro acusados citados en el lugar de los hechos y su autoría en la forma que se ha declarado probada.

Así, de las declaraciones de todos los procesados, tanto en el acto del juicio oral como en las que habían prestado en la fase de instrucción se desprende que el día de los hechos, 23 de agosto de 2009, habían venido a Madrid desde Zaragoza, Javier R. B., y otro procesado que no ha sido enjuiciado porque se encuentra en rebeldía, y ello pese a que, como reconoce Javier Royo, él se encontraba cumpliendo una condena en el Centro de Inserción Social “Las trece rosas” de Zaragoza, en régimen abierto, y por ello no podía desplazarse fuera de dicha localidad.

Una vez en Madrid, se reunieron con Diego Armando Medina Barón al que también conocían de Zaragoza y que había llegado a Madrid unos días antes, residiendo en Alcorcón, en el domicilio en el que se estaba instalando Mykhaylo T. junto con su familia, proveniente igualmente de la provincia de Zaragoza, y que era amigo de Diego Armando Medina.

Esa noche quedaron Javier R. B., M. T., el procesado en rebeldía y una joven de nombre Sara, a la que éste había conocido a través de Internet y con la que iba a verse por primera vez, con M^a Leticia G. D., a quien también conocían de Zaragoza Javier R. B. y el procesado en rebeldía, aunque en ese momento M^a Leticia residía en Madrid, y con el novio de la misma, el también procesado Iván L. V. y se fueron a tomar algo por la zona de Moncloa de esta Capital. Diego Armando Medina Barón salió en cambio con otras personas, quedando con Javier R. B. y el procesado en rebeldía para regresar a la mañana del día siguiente juntos a Zaragoza.

De las declaraciones de los procesados y sin que exista prueba alguna que acredite lo contrario, este Tribunal entiende que lo que resulta acreditado es que los procesados, se encontraron en Madrid y quedaron simplemente para salir a tomar algo, no para realizar ningún tipo de actividad como asistir a una reunión o concierto que pueda identificarse como de un determinado grupo ideológico, y que si bien por

su apariencia podían ser identificados como “skinheads” ni siquiera ese día llevaban signos especialmente identificativos de la pertenencia a ese grupo, que denotara que salían con un propósito reivindicativo de su posible forma de pensar.

Sin embargo el hecho de que varios de los procesados llevaran camisas de cuadros, utilizadas frecuentemente por jóvenes skinheads, y que Mykhayklo T. [REDACTED] vistiera ese día una camiseta de la marca Everlast, que también es habitual, entre otros, en la vestimenta de los jóvenes pertenecientes a estos grupos, así como el que Javier y Mykahyklo llevaran la cabeza rapada, la fortaleza física y elevada estatura de ambos, y el que Javier R. [REDACTED] tenga en los antebrazos unos tatuajes, como él mismo reconoce, uno con la inscripción “sangre” y otro al parecer con una palabra alemana en letras góticas, hizo que, cuando sobre las nueve de la noche, se dirigieron al establecimiento “Chapandaz”, situado en la calle Fernando el Católico 77 para tomar un cóctel llamado “leche de pantera” los empleados del mismo, entre los que se encontraba Dusan Panic, no les permitieran el paso, como explica el citado testigo en el acto del juicio, para evitar los problemas que este tipo de grupos suelen provocar, dándoles la excusa de que se estaba celebrando una fiesta privada en ese momento y que volvieran más tarde.

Según se acredita por la declaración de todos los procesados, al no poder entrar en el referido establecimiento se fueron a otro local por la zona, en donde estuvieron hasta aproximadamente las 2’30 horas en que decidieron volver a intentar entrar en “Chapandaz” y como tampoco les permitieron el paso, Javier R. [REDACTED] y Mykhayklo T. [REDACTED] se “colaron” por otra puerta, lo que fue advertido por los porteros y empleados del establecimiento, produciéndose entre éstos y los referidos procesados una breve discusión y forcejeo, en lo que intervino Iván L. [REDACTED], según afirma el mismo porque era su barrio y no quería problemas, consiguiendo que salieran ambos, si bien cuando lo hicieron, como se desprende tanto de la declaración de los procesados como del testigo, Javier R. [REDACTED], enfadado, arrojó un vaso contra el cristal del establecimiento, él dice que el vaso era de plástico pero el testigo, empleado del local afirma que no sabe si era un vaso o una botella pero que en todo caso era algo de vidrio porque cayeron cristales.

No existe duda alguna por lo tanto, de que los intervinientes en el incidente expuesto en el bar Chapandaz, fueron los procesados, en concreto Javier R. [REDACTED] y Mykhayklo T. [REDACTED], dada la declaración de todos los procesados, del testigo, y la

grabación de las imágenes del local, unidas a las actuaciones, constando también a los folios 294 y siguientes, en color, fotografías extraídas de dicha grabación en las que claramente se identifica, en las que consta a los folios 272, 273 y 281, a Javier R■■■■, con una camisa de cuadros en tonos grises y morados o azules, y algo detrás del mismo a M^a Leticia G■■■■, y en las obrantes a los folios 274, 277 y 280 a quien parece que es Mykhayklo T■■■■, el cual ciertamente presenta en dichas fotografías un aspecto diferente del que tiene en el acto del juicio pero el propio procesado reconoce que en la fecha en que se produjeron estos hechos tenía la cabeza rapada (como puede verse en la fotografía) porque, según mantiene, padece una dermatitis que le obliga a cortarse el pelo de vez en cuando aunque no parezca de dichas fotos que ello sea debido a ningún tipo de afección.

El que la persona que aparece en esas últimas fotos es Mykhayklo T■■■■ se constata por el reconocimiento que en dicho atestado hace Dusan Panic, afirmando que era una persona que le pareció de origen rumano aunque imitaba un acento sudamericano, lo que el testigo explica en el acto del juicio oral que le pareció una tomadura de pelo hacia él, quien, pese a ser de origen serbio sí parece que tiene algún acento que podría ser sudamericano como mantiene el propio testigo y se ha podido apreciar por la Sala en el acto del juicio. La importancia de ello radica en que el testigo en el atestado, página 271, describe a uno de los partícipes en el incidente, en concreto a quien al testigo le pareció de origen rumano, como a la persona que aparece en la fotografías y que vestía una camiseta con la leyenda Everlast, y aunque en el atestado el testigo dice que dicha camiseta es negra en las fotografías se aprecia que es azul.

De la declaración del testigo Dusan Panic, empleado del establecimiento Chapandaz, de la de los agentes de Policía que también comparecen como testigos en el acto del juicio, e incluso de la de los procesados, no existe duda alguna de que el referido establecimiento está prácticamente contiguo al lugar en el que, Rafael Santamaría pernoctaba en la vía pública, en la calle Arcipreste de Hita nº 12, según se comprueba por la fotografías unidas a la causa en el sobre foliado como 294 de las actuaciones, especialmente porque aunque la entrada principal del establecimiento está en Fernando el Católico 77, como mantiene el testigo el local tiene otra salida que a través de un patio da a la calle Arcipreste de Hita, justo en donde se produjo la agresión, y en el caso de que los procesados se hubieran marchado por la puerta principal, dicha agresión se produjo a la vuelta de la esquina

de dicha puerta principal habiendo escasos cien metros entre uno y otro lugar según explican los agentes.

Además, es evidente que la agresión a Rafael Santamaría Fernández se produjo de una manera inmediata en el tiempo a que finalizara el incidente en el bar Chapandaz entre los procesados y los empleados del establecimiento, puesto que no sólo Dusan Panic explica que transcurrieron pocos minutos, entre unos cuatro y siete u ocho, desde que sucedió tal incidente hasta que vio las sirenas de la Policía y del SAMUR atendiendo al lesionado, y los testigos directos de los hechos, Víctor Hugo y M^a Luz afirman que mientras se producía la agresión ella llamaba al 112 y que instantes después de marcharse los intervinientes en el hecho, de los que dan una descripción física idéntica a los procesados, llegó una patrulla de Policía.

Finalmente todos los procesados que han sido enjuiciados confirman que cuando se marcharon del establecimiento Chapandaz vieron a una persona que estaba durmiendo en la calle Arcipreste de Hita, junto a un fotomatón, a la que además Javier R. [REDACTED] mantiene que Mykhayklo T. [REDACTED] agredió, por lo que no cabe duda para el Tribunal que fueron los cuatro procesados enjuiciados y no otro grupo de idénticas características los que intervinieron en los hechos en la manera en que se ha declarado probada.

Respecto a lo que sucedió una vez que los procesados no pudieron entrar por segunda vez en el establecimiento Chapandaz y al pasar por la calle Arcipreste de Hita se cruzaron con Rafael Santamaría Fernández que se había tumbado a dormir al lado de una cabina de fotomatón, en el acto del juicio difieren las versiones de los acusados, tanto entre sí como respecto a lo que han mantenido algunos de ellos en anteriores ocasiones.

Así, en primer lugar Mykhayklo T. [REDACTED] mantiene que iba delante del grupo con Iván y Leticia, y que se paró un momento a encender un cigarro, mientras esperaba a que llegaran el procesado que se encuentra en rebeldía, Sara y Javier, momento en el que vio a un vagabundo que estaba borracho, insultando y gritando, cree que sentado, y que Leticia dio un grito porque se asustó, ante los insultos y gritos del “borracho” pero mantiene que no golpeó a esta persona ni vio que nadie lo hiciera. Afirma que estuvo como cinco minutos esperando a que llegaran Javier y las otras dos personas, fumándose entero el cigarro, luego siguieron andando y se dirigieron

al mismo local en el que habían estado antes de haber regresado a Chapandaz en el cual, según afirma Javier se puso extraño, como de bajón, se sentía mal, mientras que el procesado que estaba en rebeldía le decía que no se preocupara que no iba a pasar nada.

Sin embargo esta declaración de Mykhayklo T. [REDACTED] no se corresponde ni con la que prestó durante la instrucción del procedimiento, ni con la que prestan ahora y han prestado con anterioridad los demás acusados. Ante el Juzgado de Instrucción, Mykhayklo T. [REDACTED] declaró en dos ocasiones, el 11 de septiembre de 2009 (folio 111 de las actuaciones) ante el Juzgado de Instrucción nº 31 de Madrid, en donde simplemente se limitó a negar que hubiera agredido a nadie en la calle, y dijo que iba con Iván y con Leticia, no comentando en ningún momento que se hubiera separado de éstos para fumarse un cigarro mientras esperaba que llegaran Javier y las otras dos personas y el 16 de septiembre de 2009, ante el Juzgado de Instrucción nº 13 de Madrid, se limitó a negar que agrediera a alguien, sin hacer precisión alguna. En la declaración indagatoria que consta al folio 1159 de las actuaciones, de la misma manera, el procesado negó simplemente los hechos que constaban en el auto de procesamiento, por no corresponderse, según él con lo que había sucedido en la realidad.

M^a Leticia G. [REDACTED] en el acto del juicio afirma que ella iba con Iván que es su pareja y con la que en la actualidad tiene un hijo en común y que cree que detrás iba “el ruso”, esto es Mykhayklo T. [REDACTED] porque es así como le llaman, y después cree que iba el resto. Afirma que pasaron todos al lado de un indigente que estaba sentado en el suelo, junto a un fotomatón gritando insultos que no recuerda exactamente y que nadie se paró cerca de esta persona, todos pasaron de largo. Afirma que no oyó gritos de dolor, sino tan sólo los insultos de esta persona por los que ella se asustó y pegó un grito. Dice también que cree que a Javier y a las otras dos personas las tuvieron que esperar en la puerta del pub y que no recuerda si el ruso se fumó un cigarro mientras esperaban. Ante el Juzgado de Instrucción nº 31 de Madrid, en declaración prestada el 11 de septiembre de 2009, obrante al folio 108 de las actuaciones, la acusada mantiene que iba con Iván, que escuchó gritos y vio al ruso cerca de otro hombre que estaba gritando, y le dio miedo, pero declara que no vio al ruso que golpear a nadie y ella se quería ir porque no quería problemas por los que había tenido anteriormente. En la declaración indagatoria tampoco realizó manifestación alguna limitándose a negar los hechos.

Por su parte Iván L. [REDACTED] afirma que iban delante Leticia y él, detrás el ruso y cree que el resto del grupo iba más retrasado todavía, y que pasaron al lado de un indigente que estaba sentado en el suelo, cree que fuera del fotomatón, insultando, muy enfadado, borracho o drogado a su parecer, y Leticia se asustó y continuaron su camino. Afirma, además de que el ruso no se acercó a esta persona en ningún momento, que, en contra de lo que manifiesta el propio Mykhaylo T. [REDACTED], el ruso no se separó de ellos y que siempre estuvo cerca de él y de Leticia, así como que la agresión a la persona que estaba en la calle tuvo que producirse por otras personas antes o después de que ellos pasaran. Respecto a lo que le pasó a Javier en el pub irlandés al que a continuación se dirigieron mantiene que cree que estaba preocupado por si por su situación pasaba algo con lo que había sucedido en el Chapandaz. Ante el Juzgado de Instrucción nº 31 de Madrid el 11 de septiembre de 2009 Iván L. [REDACTED] sólo dijo que no participó ni vio ninguna agresión y que Leticia y él iban un poco adelantados, momento en el que oyeron gritos y entonces vieron a la persona que estaba sentada en el suelo dando gritos sin que tampoco detallara nada más en dicha declaración indagatoria.

Del contenido de las anteriores declaraciones se aprecia una evidente contradicción sobre si Iván y Leticia iban solos, o estuvieron con el ruso en todo momento o si en un momento éste se separó de ellos y se quedó esperando a la otra parte del grupo durante un tiempo suficiente como para fumarse entero un cigarro.

Sin embargo la Sala estima que estas declaraciones, realizadas en el legítimo ejercicio del derecho de defensa por los tres procesados no resultan creíbles y por el contrario están desvirtuadas por el resto de la prueba practicada. Así hay que tener en cuenta en primer lugar que es imposible que el perjudicado hubiera sido agredido con anterioridad a que los procesados pasaran por allí, como incluso afirma Iván L. [REDACTED], dada la declaración de los testigos directos de los hechos, y de los agentes de Policía respecto a cómo se produjo la agresión y el estado en el que, inmediatamente después de la misma, quedó Rafael Santamaría. Por otra parte y como se ha dicho, dada la inmediatez entre el momento en el que los procesados se marchan del establecimiento Chapandaz para regresar al local en el que habían estado con anterioridad, y la agresión que sufre el perjudicado, no existe tiempo suficiente para que, de la manera en que relatan estos tres procesados, ellos

pasaran por partes, con una diferencia de más de cinco minutos entre unos y otros, y otras personas agredieran a Rafael Santamaría.

Por el contrario, Javier R. [REDACTED] da una versión de los hechos que se ajusta a cómo se produjeron los hechos según los testigos presenciales, salvo en la parte que él, en ejercicio de su derecho de defensa, introduce para exculpar su conducta, y que se desvirtúa por lo que mantienen los testigos directos, sin que la declaración de Javier haya sufrido variaciones esenciales sobre lo que ha declarado en el procedimiento desde el momento en el que se produjo su detención.

En el acto del juicio oral Javier R. [REDACTED] B. [REDACTED] declara que cuando se marcharon del Chapandaz por no haberles dejado entrar por segunda vez, iban delante del resto el procesado que estaba en rebeldía y Sara, “que estaban liados” y se apartaron del grupo para estar juntos. Afirma también que cuando ellos pasaron al lado del indigente que estaba tumbado en el suelo, al cual mantiene que él ni siquiera había visto, iba hablando con Leticia, un poco delante estaba Iván y un poco detrás el ruso, lo que hace un total de cuatro personas, tres varones y una mujer, Leticia, y que oyó gritos como de dolor de una persona y al volver la cabeza vio al ruso que estaba encima de este hombre, con cara de loco, pisándole la cabeza, con la cara descolocada, como lleno de ira. Javier R. [REDACTED] mantiene que él apartó al ruso de esta persona y que el indigente hizo ademán de incorporarse y se marcharon al pub al que se dirigían, afirmando Javier que estaba muy borracho y no pensó en llamar a la Policía ni al Samur por su situación penitenciaria. Javier insiste en que el agredido permaneció en todo momento tumbado, y que en esa posición el ruso le agredió en la cabeza.

La investigación de los autores del hecho se pone en marcha tras ser identificado Javier R. [REDACTED] y que éste narre lo sucedido de manera coincidente con la forma en que lo hace en el acto del juicio, y de la misma manera lo expone en su primera declaración judicial, el 10 de septiembre de 2009, ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Zaragoza a cuya disposición pasa detenido por residir en aquella ciudad, sin ninguna contradicción con lo que ahora manifiesta, reconociéndose a sí mismo en las fotografías extraídas de la grabación del bar Chapandaz, así como al “ruso” como la persona que en las mismas aparece con una camiseta azul con un dibujo y letras en blanco. En la declaración indagatoria prestada ante el Juzgado de Instrucción nº 5 de Zaragoza, obrante al folio 1236 de la causa el procesado ratifica

también lo manifestado con anterioridad insistiendo en que el autor de la agresión fue el ruso y que él lo único que hizo fue separar a éste del agredido, llegando a afirmar que cree que le salvó la vida.

La declaración de este acusado no sólo se ve corroborada, en cuanto a la agresión propinada por Mykhayklo T. [REDACTED] a Rafael Santamaría por los indicios expuestos respecto al tiempo y lugar en que se produjeron los hechos sino también y principalmente por la declaración de M^a Luz Javato Andrés y Víctor Hugo Fernández García testigos presenciales, desde el vehículo en el que circulaban, de la brutal agresión sufrida por Rafael Santamaría Fernández. Así ambos refieren que pasaban en coche por la calle Arcipreste de Hita y al percatarse de lo que pasaba pararon el vehículo, con las ventanillas cerradas.

Víctor Hugo afirma que vio a una chica rubia y tres o cuatro varones que rodeaban a una persona que estaba tumbada en el suelo, y cómo uno de estos hombres pisaba repetidamente, saltando con fuerza sobre la cabeza de esta persona mientras la chica y los otros miraban. El testigo reconoce que en el momento en el que prestó declaración ante el Juzgado de Instrucción tenía más recientes los hechos y los recordaba con mayor exactitud pero que está seguro de la agresión y que vio varios pisotones, sin que pueda precisar el número, pero bastantes y se muestra seguro de que la agresión la realizó uno de los varones y que ninguno de los demás integrantes del grupo hizo nada para detenerle aunque mantiene que probablemente la chica rubia gritó algo que el testigo no puede saber qué era porque tenían las ventanas cerradas y que a continuación se marcharon todos juntos tranquilamente sin correr, como si no hubiera sucedido nada

El testigo afirma en el acto del juicio que no salió del coche porque eran varias personas, porque por su aspecto podían ser “skins” y por la propia apariencia que tenía él en ese momento podía tener problemas, pero que, además de que su novia estuvo llamando al 112, nada más marcharse estas personas salieron del coche, al mismo tiempo que llegaba la Policía y el SAMUR, dando la descripción de los autores del hecho.

Por su parte M^a Luz Javato explica de igual manera que detuvieron el coche al ver que cuatro chicos, según mantiene y una chica rubia rodeaban a una persona

que estaba tumbada en el suelo, dormido según cree la testigo, dándole la sensación a la testigo de que estas personas tenían una estética radical skin.

Dice la testigo que vio que el individuo más alto del grupo pisaba la cabeza al que estaba tumbado en el suelo, mientras que los demás no hacían nada y la testigo está segura que ninguno de ellos intentó separar al agresor de la persona que estaba en el suelo, y que los pisotones en la cabeza de la víctima fueron varios, probablemente cinco o seis. M^a Luz afirma que está segura de que sólo había una chica y que ésta era rubia y que no pudo ver la cara de los participantes en el hecho. Es cierto que en el acto del juicio la testigo igual que mantiene que el individuo que llevó a cabo la agresión era el más alto lo que coincide con Mykhayklo T█████, también afirma que el autor de los pisotones llevaba una camisa a cuadros en tonos azules y blanco lo que parece que coincide con Javier R█████, pero de las declaraciones de ambos testigos, tanto en la fase de instrucción (folios 225 y 508 de las actuaciones) como en el acto del juicio oral lo que queda claro es que los dos se fijaron principalmente en la agresión y no en el rostro o la vestimenta específica de cada uno de los partícipes, hasta el punto de que no pudieron reconocerles en las diligencias de reconocimiento en rueda practicadas, debiéndose destacar que, según consta a los folios 276 y 279 de las actuaciones, cuando se les muestran las fotos extraídas de la grabación de Chapandaz los dos testigos reconocen a la chica rubia (Leticia) y a la persona que viste la camiseta azul con el anagrama de Everlast (Mykhayklo T█████) pero no a Javier Royo que también aparece en las mismas con una camisa con cuadros azules y blancos.

También comparece en el acto del juicio Rafael Santamaría Fernández el cual explica que había venido a Madrid, por problemas personales, y que no tenía dinero por lo que el día de los hechos estaba por la zona de Moncloa y se tumbó a dormir al lado de un fotomatón, manteniendo que lo último que recuerda de ese día es que cerró los ojos debiendo de quedarse efectivamente dormido y que lo siguiente es que se despertó en un hospital, lo que confirma la versión de los testigos respecto a que el perjudicado estaba dormido, tumbado, en el suelo y ni insultó ni se enfrentó con nadie, ni se despertó o pudo hacer nada para defenderse de la agresión.

Por último comparece como testigo también en el acto del juicio Diego Armando Medina Varón, amigo de Mykhayklo T█████ y de Javier R█████ y quien no estuvo con ellos durante la noche, manifestando que al reencontrarse con los

mismos a la mañana siguiente para volver a Zaragoza le comentaron que se habían reído de un chaval, lo que es un indicio más de la participación de los procesados en la agresión sufrida por Rafael Santamaría.

De todo lo expuesto este Tribunal entiende que hay que concluir que por la declaración de Javier R■■■■, por todo lo relatado con anterioridad, y por la declaración de los testigos presenciales resulta plenamente acreditado que los cuatro procesados enjuiciados se encontraban junto a Rafael Santamaría cuando los testigos presenciales les vieron, no pudiéndose dar la posibilidad de que como parece pretender hacer ver Mykhayklo T■■■■, fueran solamente el procesado que se encuentra en rebeldía, Sara, la joven que le acompañaba y que nunca ha figurado como imputada en esta causa, ni aparece en la foto que es reconocida por los testigos, y Javier R■■■■ porque entonces sólo sería el agresor, otro individuo y una chica rubia, lo que no coincide con la declaración de los testigos como tampoco cabe que, como mantienen Iván y Leticia fueran todos juntos en todo momento ya que en ese caso habría dos chicas rubias, lo que la declaración de los testigos igualmente descarta.

Igualmente y teniendo situados a los cuatros procesados en el lugar de la agresión, resulta creíble la versión de Javier R■■■■, corroborada por la de los testigos, en cuanto a que el autor material de la agresión a Rafael Santamaría fue Mykhayklo T■■■■ puesto que Javier R■■■■ así lo ha afirmado desde el primer momento, y ello resulta confirmado por el hecho de que los demás partícipes no mantengan la autoría de otro de los presentes, y por la declaración prestada por Leticia en la instrucción de la causa respecto a que a quien vio cerca del agredido fue al ruso.

En consecuencia se considera acreditado que fue Mykhayklo T■■■■ quien al pasar por pasar junto a Rafael Santamaría, el cual ni insultó ni dijo nada sino que estaba dormido en la vía pública, y simplemente porque el procesado se encontraba molesto porque no les habían dejado entrar en el Chapandaz, con un claro y rotundo desprecio por la integridad del perjudicado le pisoteó, repetidamente, y directamente en la cabeza, lo que denota la intención de causarle el mayor daño posible, sin que el agredido, que no consta que llegara a despertarse, pudiera hacer nada por defenderse.

También se entiende probado que los otros tres procesados presenciaron la escena, pero no que participaran en la agresión, ni directamente realizando algún acto material para aumentar o colaborar en la causación del resultado lesivo, ni impidiendo la defensa de la víctima puesto que Rafael Santamaría se encontraba durmiendo y no intentó defenderse, ni ocultando la acción del agresor puesto que no sabían que hubiera nadie en ese momento en la calle, y el lamentable suceso debió de producirse en un tiempo muy reducido.

Pero igualmente se considera probado por la tajante declaración de los testigos presenciales del hecho, que ni Javier R■■■■, pese a que el mismo así lo afirma en su defensa, ni los otros dos procesados, Leticia G■■■■ e Iván L■■■■ hicieron nada para impedir que Mykhayklo T■■■■ pisara la cabeza del perjudicado y ello pese a que, como mantienen los testigos esa brutal acción se repitió en varias ocasiones, hasta un total de cinco o seis, marchándose a continuación todos juntos como si nada hubiera pasado, tal como refieren los testigos, mostrando sólo su preocupación Javier R■■■■ cuando ya estaban de nuevo tomando copas en un bar, lo que tampoco parece lógico después de lo que había sucedido, y, no por el posible daño que se le hubiera causado al lesionado, sino por las consecuencias que ello podría tener en su situación penitenciaria si se descubría que había participado en tales hechos.

TERCERO.- El resultado lesivo que la agresión de Mykhayklo T■■■■ le produjo a Rafael Santamaría Fernández, resulta acreditado igualmente por la prueba practicada. Así en primer lugar queda plenamente probado que los testigos estaban llamando al servicio de emergencias del 112 en el mismo momento en el que la agresión se estaba produciendo, y que por ello, inmediatamente después de que se marcharan los autores del hecho llegó una patrulla de Policía y los sanitarios del SAMUR.

Los policías nacionales 104973 y 116835 integrantes de esta patrulla declaran como testigos en el acto del juicio oral y afirman que se dirigieron al lugar porque recibieron un aviso de que había varias personas agrediendo a un indigente, y que al llegar se entrevistaron con los testigos que les explicaron cómo habían sucedido los hechos y les facilitaron la descripción física de los partícipes en los hechos. Vieron al agredido que estaba tumbado en el suelo en un entrante de un portal, junto a un

fotomatón, sangrando muy abundantemente por la cabeza e inconsciente y el herido fue atendido por los servicios del SAMUR que le trasladaron a un hospital.

Consta como folio 1 de las actuaciones el parte de lesiones del agredido, en ese momento todavía sin identificar, emitido por el Hospital Clínico San Carlos al que fue llevado el lesionado para ser atendido. En el informe de sanidad, unido a los folios 976 y siguiente de las actuaciones, y emitido por el Médico Forense del Juzgado de Instrucción nº 1 de Zamora, D. Antonio González Fernández que ha sido ratificado en el acto del juicio oral por dicho facultativo y por el Médico Forense de este Tribunal D. Juan Manuel Cartagena Pastor, se describen las lesiones sufridas por Rafael Santamaría como una herida contusa en la ceja izquierda y un traumatismo craneoencefálico con contusión hemorrágica intraparenquimatosa frontal parasagital izquierda todo lo cual se corresponde evidentemente con la acción del procesado de golpearle exclusivamente y de manera repetida en la cabeza lo que, externamente, le originó al perjudicado la herida contusa en la ceja izquierda e, internamente, el gravísimo traumatismo craneoencefálico y la contusión hemorrágica descrita que le ha producido los graves perjuicios que constan acreditados.

Igualmente por el referido informe forense resulta probado que Rafael Santamaría Fernández tardó en curar de dichas lesiones 514 días, de los cuales estuvo 368 impedido para sus ocupaciones habituales y 146 de ellos hospitalizado. Para su curación, precisó de tratamiento médico neurológico y neurorehabilitador, estando en principio ingresado en el Hospital Clínico San Carlos de Madrid, desde donde el día 7 de septiembre de 2009, en ambulancia medicalizada y para estar próximo a su familia, fue trasladado al servicio de neurología del hospital Virgen de la Concha de Zamora. El 13 de septiembre de 2009 comenzó a ser asistido también en el servicio de psiquiatría de dicho hospital por presentar alteraciones cognitivo-conductuales y a partir del 25 de noviembre de 2009 continuó con tratamiento igualmente hospitalario en el Institut Guttmann de Barcelona, en el que el 15 de enero de 2010 fue dado de alta hospitalaria, continuando no obstante con tratamiento ambulatorio en dicho centro, que posteriormente siguió con un programa de rehabilitación neuropsicológica en Zamora.

Después de que se entendiera que ya estaba de alta médica en el tratamiento seguido para la curación de sus lesiones, se constata, según el informe forense, que a Rafael Santamaría Fernández le queda como secuela de la agresión sufrida unas

alteraciones cognitivo-conductuales por las que está limitado para todo tipo de actividades de cierta complejidad como las que exigen una adecuada planificación, organización, toma de decisiones o cierto grado de razonamiento y abstracción, para todo lo cual requiere la supervisión de terceras personas, lo que en una persona de su edad, 36 años al momento de dictarse la presente sentencia, supone evidentemente un grave perjuicio.

El que estas secuelas son consecuencia de las lesiones sufridas por Rafael Santamaría Fernández como consecuencia de la agresión que le propinó Mykhayklo T█████ es algo que igualmente resulta probado, al entender de la Sala, por la rotundidad de los Médicos Forenses al respecto, tanto en el referido informe como en la ratificación del mismo en el acto del juicio oral, de tal manera que por parte de las defensas no se ha realizado ningún tipo, no sólo de objeción, sino incluso de pregunta al respecto.

Así y si bien es cierto que consta en las actuaciones que con anterioridad a estos hechos Rafael Santamaría Fernández presentaba un trastorno de personalidad y también que había sido consumidor de sustancias estupefacientes por lo que había estado en tratamiento, cesando en dicho consumo en diciembre de 2008, los dos Médicos Forenses que comparecen al acto del juicio son tajantes en afirmar que las secuelas que en la actualidad padece el perjudicado y que pueden considerarse sin duda como una grave enfermedad psíquica y neurológica, son consecuencia exclusivamente del traumatismo craneoencefálico sufrido, y que, por lo tanto, de no haber padecido el traumatismo dicha enfermedad no se habría producido por los antecedentes del lesionado, y de hecho, por el contrario, los rasgos de personalidad, como narcisismo, que podrían derivarse del trastorno que presentaba el perjudicado se han visto modificados por la referida enfermedad que ahora sufre como secuela de la agresión.

Por último y en lo relativo a la incidencia que el padecimiento que al perjudicado le ha quedado tiene en la vida diaria del mismo, de la declaración no sólo del propio Rafael Santamaría sino también de su hermano Luis José Santamaría Fernández, que comparece como testigo, se desprende que, tal como exponen los Médicos Forenses, la vida del perjudicado se ha visto gravemente afectada por la enfermedad psíquica que ahora, y como consecuencia de la agresión, padece.

Así, Rafael Santamaria explica, de la manera en que puede hacerlo, con evidentes dificultades de expresión y de coordinación de ideas, que su vida le ha cambiado totalmente, ya que antes trabajaba, realizando por ejemplo funciones de masajista en un gimnasio en Zamora, y que ahora no puede hacerlo porque no se siente con confianza, así como que se ve muy limitado para muchas cosas, como por ejemplo para hacer deporte lo que le gustaba mucho.

Su hermano Luis José declara que Rafael ha sufrido cambios muy importantes tras la agresión ya que tiene problemas de coordinación, de equilibrio, le cuesta hablar y relacionarse con otras personas, no es capaz de mantener una conversación con fluidez, y por ello tiene un gran complejo de inferioridad cuando antes su hermano era una persona afable y que tenía una muy buena relación con la gente. Afirma también el testigo que antes de los hechos su hermano hacía mucho deporte pero que ahora aunque lo intenta le cuesta mucho, él sale a correr con Rafael pero éste se queda atrás, y su hermano no puede montar en bicicleta por los problemas que tiene para mantener el equilibrio.

En el ámbito laboral Luis José afirma que Rafael había trabajado en la construcción, como vigilante de seguridad y que también había hecho un curso de quiromasaje pero que, después de la agresión, no ha vuelto a trabajar ni puede hacerlo porque tendría que estar siempre bajo la supervisión de otra persona.

Según consta al folio 1056 de las actuaciones, la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León en resolución de 23 de julio de 2010 le reconoció a Rafael Santamaría Fernández, al presentar, como consecuencia de la agresión sufrida, una discapacidad del sistema neuromuscular y un trastorno cognitivo en ambos caso de etiología traumática, un grado total de discapacidad del 67%.

Además, resulta acreditado que el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Zamora incoó un procedimiento de incapacidad con el número 198/2010 en el que el 29 de marzo de 2010 dictó auto reconociendo a Gaspar Santamaría San Juan y a Laura Fernández Martín la guarda de hecho sobre su hijo Rafael Santamaría Fernández, sin que conste si se ha dictado ya sentencia en la referida causa.

Por todo ello y en consecuencia este Tribunal considera plenamente probado que en la actualidad, como consecuencia de los hechos y con carácter permanente

puesto que no parece que exista la posibilidad de curación, Rafael Santamaría padece una grave enfermedad psíquica que le afecta de manera importante en su vida.

CUARTO.- Respecto a la calificación jurídica de estos hechos tal como, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, han resultado acreditados, es evidente que Mykhayklo Tsykul es autor, directo y material del delito del art. 149 del C.P. por el que se formula acusación contra el mismo, ya que, tal como se prevé en dicho precepto, al pisotear reiteradamente en la cabeza a Rafael Santamaría Fernández mientras el mismo se encontraba dormido en la vía pública, le ha causado al mismo una grave enfermedad psíquica y neurológica por la que el agredido, de 36 años de edad en este momento, precisa de la asistencia y supervisión para tareas fundamentales en el desarrollo de su vida lo que, lógicamente le impide ser independiente.

No sucede sin embargo lo mismo respecto a los otros tres procesados que han sido enjuiciados, esto es Javier R. B., M^a Leticia G. D. e Iván L. V. contra quienes las tres acusaciones formulan acusación también como autores del mismo delito de lesiones del art. 149 del C.P., si bien tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular, por adhesión a la calificación del Ministerio Público, en sus conclusiones definitivas, introducen respecto de los mismos una calificación alternativa.

Como se ha expuesto, de la prueba practicada este Tribunal considera acreditado, de manera indubitada que el único que materialmente golpeó a Rafael Santamaría Fernández, de la brutal manera expuesta y con las graves consecuencias referidas, fue Mykhayklo T., y así se describe por las acusaciones en sus escritos de conclusiones definitivas. Sin embargo, en dichos escritos se mantiene que los otros tres procesados estaban presentes y que mientras Mykhayklo T. materializaba la agresión ellos, “para asegurar la efectividad del ataque, le rodeaba y animaba en la agresión eliminando cualquier posibilidad de defensa de la víctima e impidiendo el posible auxilio de terceras personas” según la acusación popular, o “le tapaban para no ser vistos y evitar el auxilio de terceras personas” de acuerdo con lo que concluyen el Ministerio Fiscal y la acusación particular de manera principal, considerándose en ambos casos que los

tres procesados referidos deben también responder como coautores del delito de lesiones.

En la reciente sentencia de la Sala 2ª del T.S. 871/2012 de 31 de octubre de 2012 se recoge la doctrina de dicho Tribunal aplicable a los supuestos de coautoría manteniendo que: "En los casos de plural concurrencia a la causación del resultado típico por diversos sujetos, es bien sabido que aquellos resultados son imputables objetivamente a título de autoría, con independencia de cuáles hayan sido las funciones asumidas por cada uno de los sujetos, siempre que de cada uno de ellos pueda predicarse su aceptación y dominio del hecho.

En la Sentencia de esta Sala num. 87/2012 de 17 de febrero recordábamos la doctrina establecida en la Sentencia de 19 de octubre de 2011, resolviendo el recurso 10779/201, en la que dijimos quienes deben ser considerados autores conforme al artículo 28 del Código Penal, y que se contempla expresamente la coautoría como una forma de realización conjunta del hecho dirigida por un dolo compartido que es fruto del acuerdo previo y mutuo, y que el reparto de papeles permite intercomunicar las acciones desplegadas por cada uno de los partícipes conforme al plan diseñado conjuntamente.

Recuerda también nuestra Sentencia num. 45/2011, con cita de nuestros precedentes, que "cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deberán responder como coautores..... la coautoría no es una suma de coautorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho y no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo, sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho", de forma que mediante el acuerdo o plan trazado se integran en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la organización, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución."

Igualmente la STS num. 434/2008 también afirma la comunicabilidad de los medios comisivos a los partícipes que no emplearon directamente las armas o medios peligrosos. Se dice así que: aunque el plan inicial se limitase al apoderamiento del dinero de la víctima mediante la acción intimidatoria, debe

tenerse en cuenta la aplicación de la teoría de las desviaciones previsibles, reiteradamente aplicada por esta Sala al analizar la cuestión de la comunicabilidad referida, de forma que "el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia e intimidación que no excluye "a priori" todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo en cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque solo algunos de ellos sea ejecutores de semejantes resultados personales". Cada sujeto debe responder con dolo directo de las acciones realizadas por el mismo según el plan trazado pero también con dolo directo o eventual de los hechos acaecidos que sean consecuencia de las desviaciones previsibles del proyecto delictivo que cada agente acepta y consiente, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de forma que el uso de armas u otros medios peligrosos integran un elemento de carácter objetivo comunicable a los demás partícipes que tengan conocimiento al tiempo de la acción, independientemente de quien porte el arma, de la misma forma que es indiferente quien haya suministrado la misma si todos ellos las tienen a su disposición y la posesión concreta de cada una está en función del papel asignado a cada partícipe, pues lo que castigan los artículos 563 y 564 del Código Penal es la tenencia de armas prohibidas o de fuego reglamentadas con independencia de quien las haya aportado al acervo común (también S.S.T.S. 134/2010, 84/2010, 690/2009, 434/2007 u 838/2004)".

De la misma forma en la sentencia de dicho Tribunal 786/2010 de 7 de julio de 2010, se expone que: "La jurisprudencia de esta Sala, recogida entre otras en la Sentencia de 27 de abril de 2005, ha declarado que según se desprende del artículo 28 del Código Penal, son autores los que realizan el hecho conjuntamente. Así pues, la coautoría, como señala la sentencia de 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000, aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Tal conceptualización requiere, a) de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos como el último expuesto, en el que

todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación. Y, b) en segundo lugar, la coautoría requiere una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, lo cual integra el elemento objetivo, que puede tener lugar aun cuando el coautor no realice concretamente la acción nuclear del tipo delictivo. Sobre la trascendencia de esa aportación, un importante sector de la doctrina afirma la necesidad del dominio funcional del hecho en el coautor. Declara la STS núm. 251/2004, de 26 de febrero, que "cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta a la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Esta es la ejecución conjunta a la que se refiere el Código Penal ". Y añade que "su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que no resulta prescindible. La doctrina de esta Sala en materia de autoría conjunta (sentencias de 14 de diciembre de 1998, núm. 1179/1998, 14 de abril de 1999, núm. 573/1999, 10 de julio de 2000, núm. 1263/2000, 11 de septiembre de 2000, núm. 1240/2000 y 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000, entre otras), señala que la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del Código Penal de 1995 como "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, y concretamente en el homicidio la materialización de la agresión letal, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del co-dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo, que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución".

Conforme a dicha doctrina es evidente que cabe la comunicabilidad a los autores no materiales del hecho, siempre que, en primer lugar, exista un acuerdo previo entre los partícipes para ejecutar la acción, en este caso el lesionar al perjudicado, según mantienen las acusaciones por la supuesta condición de

indigente del mismo, pero en el presente supuesto, al entender de este Tribunal, por respeto al derecho constitucional a la presunción de inocencia, y a la aplicación en el supuesto de falta de prueba suficiente para desvirtuar dicha presunción del principio “in dubio pro reo”, tal acuerdo previo, por las especiales circunstancias del hecho, no resulta acreditado.

Así hay que tener en cuenta que, como se ha dicho con anterioridad, independientemente de la ideología que los cuatro procesados puedan o no compartir, no existe prueba alguna que el día de los hechos salieran para participar en algún acto o reunión de cualquier naturaleza reivindicativa de la misma, sino que lo que se entiende acreditado es que salieron para tomar copas por la noche, y que por ello primero intentaron ir al establecimiento Chapandaz para tomar el cóctel denominado “leche de pantera”, al decirles que no podían entrar en ese momento con la excusa de que había una fiesta privada se marcharon a otro u otro lugares y luego intentaron volver al referido local siendo expulsados del mismo de la manera expuesta con anterioridad.

Al salir del establecimiento, y de forma inmediata se encontraron con Rafael Santamaría Fernández, el cual (y no alguno de los procesados que así lo mantiene en su derecho de última palabra) sí que, para su desgracia, se había tumbado a dormir en el sitio equivocado. Rafael Santamaría no recuerda nada más que el hecho de que decidió dormir allí y, efectivamente se debió de quedar dormido puesto que lo siguiente fue, según declara, que se despertó en el hospital, por lo que su testimonio no puede servir para acreditar que ninguno de los procesados expresara verbalmente un propósito de agredirle, que hiciera que los demás se uniera al mismo, en una participación conjunta.

Por otra parte, dadas las especiales circunstancias de este supuesto, en el que la víctima se encontraba dormido, no era tampoco necesario que, para que el autor material de las lesiones consiguiera realizar la acción lesiva los otros tres rodearan a la víctima ni para eliminar la posibilidad de defensa de la víctima, quien no iba a defenderse por estar dormido, ni de otras personas puesto que hay que recordar no sólo que eran cerca de las tres de la mañana, en el mes de agosto, lo que permite pensar que pocas personas transitaban por la calle, sino que de la propia declaración de los testigos se desprende que nadie más que ellos lo hacía, sin que los procesados se percataran en absoluto de la presencia de los testigos, por

lo que no existía la necesidad de asegurar la acción del autor material tanto de la posible defensa del perjudicado como de aquéllos que pudieran asistirle.

Además hay que tener también en consideración que no fue una agresión dilatada en el tiempo, sino que, y pese a su crueldad, la misma se produjo en un espacio de tiempo muy reducido, tanto que durante los cinco o seis pisotones que Mykhayklo T. [REDACTED] le dio a Rafael Santamaría en la cabeza a la testigo sólo le dio tiempo a realizar una llamada al servicio de urgencias.

Por todo lo expuesto la Sala considera que no existe prueba suficiente de que existiera un acuerdo previo entre los cuatro procesados para agredir a Rafael Santamaría Fernández y que la participación de Javier R. [REDACTED], M^a Leticia G. [REDACTED] e Iván L. [REDACTED] no era necesaria para materializar el acto lesivo, ni existe tampoco prueba suficiente de que su propósito al estar junto a Mykhayklo T. [REDACTED] mientras que el mismo agredía al perjudicado fuera asegurar el resultado de la agresión, en una participación conjunta con un reparto de funciones y un acuerdo aceptado tácitamente en el mismo momento de la agresión.

Tampoco existe prueba suficiente de que, como se recoge en los escritos de conclusiones de las acusaciones, y se mantiene en los informes de las mismas, Javier R. [REDACTED], M^a Leticia G. [REDACTED] e Iván L. [REDACTED] animaran o incitaran a Mykhayklo T. [REDACTED] a agredir a Rafael Santamaría. Es cierto que en el acto del juicio la testigo M^a Luz Javato manifiesta que entendió que las personas que acompañaban al autor de la agresión “jaleaban” al mismo pero sin explicar por qué considera que era así y, según mantiene su novio, Víctor Hugo Fernández que estaba con ella en el interior del vehículo, tenían las ventanillas del mismo cerradas y si bien oían gritos no pueden precisar el contenido de los mismos, por lo que sin otra prueba al respecto no cabe interpretar, en perjuicio de los tres procesados referidos, que animaban o alentaban a Mykhayklo T. [REDACTED] a que realizara la agresión, reiterándose que, además todo transcurrió en un muy breve espacio de tiempo.

Por todo lo anterior este Tribunal considera que no puede entenderse probado que Javier R. [REDACTED] B. [REDACTED], M^a Leticia G. [REDACTED] D. [REDACTED] e Iván L. [REDACTED] V. [REDACTED] sean coautores en el delito de lesiones cometido por Mykhayklo T. [REDACTED] por no existir prueba suficiente, dadas las especiales circunstancias del lamentable suceso, de un previo acuerdo de los primeros con Mykhayklo T. [REDACTED] para materializar la agresión

en una decisión conjunta, ni tampoco que dicho acuerdo se produjera, aún tácitamente de manera simultánea a la acción, o muy brevemente anterior a ésta, ni que los procesados citados realizaran aportación alguna a la acción esencial para la misma que implique que tenían el dominio funcional del hecho.

Por los mismos motivos este Tribunal considera que tampoco cabe entender que la participación de Javier R. B., M^a Leticia G. D. e Iván L. V. pueda ser entendida como de complicidad, ya que ello exigiría como se recuerda en la ya citada sentencia de la Sala 2^a del T.S. 786/2010 de 7 de julio de 2010, la concurrencia de “una doble condición:

a) el elemento subjetivo, pactum scaeleris previo o coetáneo a la acción, inicial o sobrevenido, expreso o tácito, con conciencia de la antijuridicidad e ilicitud de la colaboración con voluntad de participar contribuyendo a la consecución del resultado ilícito;

b) el elemento objetivo consistente en la aportación de actos anteriores o simultáneos de carácter auxiliar, secundario o accesorio, no imprescindibles para la realización del acto delictivo (SS 28 de febrero de 2007, 10 diciembre 2008; 8 marzo de 2006; 19 de marzo de 2007).

Se distingue de la autoría en la carencia del dominio funcional del acto y se diferencia de la cooperación necesaria -equiparada a la autoría- en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible por no tratarse de un bien escaso (SS 24 de marzo de 1998; 28 de junio de 2002; 27 de marzo de 2006; 18 de octubre de 2006)”.

En el presente supuesto de haber resultado acreditado el acuerdo previo o coetáneo de todos los procesados, y que la presencia de Javier R. B., M^a Leticia G. D. e Iván L. V. tuviera por objeto el asegurar la comisión del delito por el otro procesado entendería la Sala que, como considera la Jurisprudencia en sentencias como la que se acaba de citar, para lo supuestos de delitos violentos o de agresión física, y aún con una forma omisiva de colaboración,

la actuación de los tres procesados citados debía de considerarse como un supuesto de coautoría no de complicidad porque esa colaboración habría sido relevante.

Sin embargo, como se ha expuesto, lo único que al entender del Tribunal resulta probado de manera suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia que proclama nuestra Constitución, es que al marcharse del establecimiento Chapandaz en el que por segunda vez se les impidió la entrada, y dirigirse al otro local, se cruzaron con Rafael Santamaría Fernández que se encontraba durmiendo en la vía pública, y que al verle, Mykhayklo T. [REDACTED] le agredió de la manera expuesta, directamente y en un episodio rápido, sin que pudiera esperarse una defensa por parte del perjudicado puesto que estaba dormido, y sin que los cuatro procesados se percataran de que había nadie más que les estuviera observando y que pudiera defender a la víctima, siendo una noche del mes de agosto a las 3 de la mañana, no constando que los otros tres procesados enjuiciados hicieran otra cosa que detenerse, gritar algo que no se sabe si era recriminar al autor de la agresión su acción o alentarle, sin impedir en ningún caso dicha acción, marchándose a continuación los cuatro juntos para reunirse con las otras personas que les acompañaban, sin importarles el estado en el que podía haber quedado el agredido.

QUINTO.- Partiendo de lo anterior y descartando en consecuencia la participación de Javier R. [REDACTED] B. [REDACTED], M^a Leticia G. [REDACTED] D. [REDACTED], e Iván L. [REDACTED] V. [REDACTED] en el delito de lesiones del art. 149 del C.P., por el cual, por lo tanto son absueltos, se estima por la Sala que los tres procesados citados son autores del delito de omisión del deber de impedir delitos previsto y penado en el art. 450.1 del C.P. por el que se formula acusación, de manera subsidiaria por el Ministerio Fiscal y la acusación particular y del que Javier R. [REDACTED] B. [REDACTED], M^a Leticia G. [REDACTED] D. [REDACTED], e Iván L. [REDACTED] V. [REDACTED] son penalmente responsables en concepto de autores.

El art. 450.1 del C.P. castiga la conducta del que pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, y según se expone en la sentencia de la Sala 2^a del T.S. 406/2011 de 17 de mayo, que recoge la doctrina vertida por el mismo Tribunal en la sentencia 1151/2005, de 11 de octubre “el tipo penal objeto de la condena, la omisión del deber de impedir delitos protege, como bien jurídico, la administración de justicia, en

un sentido amplio. Las conductas descritas en el tipo protegen el deber de los ciudadanos de evitar los delitos o facilitar su persecución, bien actuando para impedir su realización, bien denunciando el hecho ante la autoridad o sus agentes, para que impidan este delito. Además mediante el tipo se vertebra, de alguna manera, una nueva modalidad de protección de los bienes jurídicos que se mencionan en el precepto, pues conmina a la ciudadanía a un comportamiento activo de defensa de los bienes en peligro por la acción de terceros, lo que comporta un conocimiento de la situación generadora del deber de actuar y la posibilidad de actuación salvadora.

El tipo penal como delito de omisión tiene una estructura que responde a los patrones de ese tipo de delitos, es decir, la existencia de una situación típica; la ausencia de una conducta determinada; y la capacidad de realizar esa acción. Aplicada esta estructura al delito objeto de la condena, la producción de un delito contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual; no impedir la comisión del delito; y posibilidad de actuar inmediatamente y sin riesgo propio o ajeno”.

En el presente supuesto resulta plenamente acreditada, de la valoración conjunta de la prueba practicada, la comisión de este delito por Javier R■■■ B■■■, M^a Leticia G■■■ D■■■, e Iván L■■■ V■■■, quienes pese a advertir la grave agresión que su acompañante estaba realizando contra Rafael Santamaría Fernández y los importantes riesgos que para la integridad y la salud del mismo tenía, evidentemente, el que Mykhayklo T■■■ le pisoteara la cabeza hasta cinco o seis veces, no hicieron nada para impedirlo, permaneciendo impasibles, aunque pudieron evitar o minimizar la agresión ya que el autor de la agresión era su acompañante y ellos eran tres, y Javier R■■■ tiene una envergadura suficiente como para contener incluso físicamente al autor de las lesiones, a pesar de la complejidad de éste, quedando totalmente desvirtuada la declaración de Javier R■■■ de que así lo hizo, manifestando incluso en su declaración indagatoria que le salvó la vida a Rafael Santamaría, por la declaración de los testigos cuya afortunada presencia y actuación fue lo que seguramente evitó un peor resultado para el agredido, no pudiendo dichos testigos actuar antes o de otra forma, como expresan y resulta absolutamente comprensible, porque para ellos su intervención sí habría supuesto un evidente riesgo propio.

Quedan así acreditados, como exige la Jurisprudencia, los precisos elementos de la tipicidad, la situación que genera el deber de actuar en el sentido querido por la norma y la posibilidad de actuar por parte de los tres procesados citados que pudieron evitar el delito, sin riesgo para sus personas, y, por ello y en consecuencia, la autoría de los mismos respecto al referido delito del art. 450.1 del C.P..

SEXTO.- Concorre en la comisión por parte de Mykhayklo T. [REDACTED] del delito de lesiones del art. 149 del C.P., de forma indudable la circunstancia agravante de alevosía del art. 22.1 del C.P. que entiende que hay dicha circunstancia "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido" puesto que resulta acreditado que el citado procesado cometió el referido delito aprovechando que la víctima estaba dormida en el suelo, sin que en consecuencia pudiera defenderse en absoluto del violento ataque y sin que ante el mismo Rafael Santamaría llegara a despertarse hasta que ya estaba hospitalizado puesto que quedó inconsciente.

La Jurisprudencia de la Sala 2ª del TS en sentencias como la 546/2012 de 25 de junio exige los siguientes elementos para apreciar la alevosía: en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas; en segundo lugar, como requisito objetivo que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad; en tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades (SSTS 907/2008, de 18-12; 25/2009, de 22-1; 37/2009, de 22-1; 172/2009, de 24-2; y 371/2009, de 18-3)", y en la misma sentencia se diferencian los tres tipos de supuestos de comportamiento alevoso " la llamada alevosía proditoria o traicionera, si se ejecuta la agresión

mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha; la alevosía sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto; y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona dormida o inconsciente”.

Es claro por lo tanto que éste último es el presente caso en el que Rafael Santamaría estaba durmiendo, siendo por lo tanto un supuesto de alevosía por desvalimiento en el que se reúnen todos los requisitos expuestos puesto que se trata de un delito de lesiones, y por lo tanto contra las personas, en el que el culpable se aprovecha de la situación del perjudicado, dormido en el suelo y por lo tanto indefenso, golpeándole fuertemente con su pie en la cabeza lo que además impidió que se despertara hasta mucho después como ya se ha dicho, consciente el autor del hecho de que su víctima estaba dormida, todo lo cual implica una mayor antijuridicidad en la acción de la que es culpable el procesado Mykhayklo T██████.

La apreciación de la concurrencia de esta circunstancia agravante de alevosía descarta, lógicamente la de la de abuso de superioridad que se solicita, de forma alternativa a la misma por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, y que en todo caso no cabría apreciar dado que se estima que los otros procesados presentes no participaron en la ejecución del delito de lesiones.

Se interesa por la acusación popular en el acto del juicio oral en trámite de conclusiones definitivas que se aprecie en la conducta de todos los procesados, pero aplicable en su caso sólo Mykhayklo T██████ que es a quien se considera autor de las lesiones producidas a Rafael Santanmaría Fernández, la circunstancia agravante prevista en el art. 22.5ª del C.P. de aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito, que es lo que el propio Código en el art. 139 del C.P., en relación con el delito de homicidio, denomina ensañamiento.

El citado ensañamiento, o la circunstancia del art. 22.5ª del C.P. que, tal como se recuerda en la sentencia de la Sala 2ª del T.S. de 15 de junio de 2012 era llamado por los clásicos “lujo de males”, precisa para su apreciación, según la Jurisprudencia de la misma Sala 2ª en sentencias como la 460/2010 de 14 de mayo, que cita de otras anteriores “(Cfr. SSTS 690-09, de 25 de junio; 99/2009, de 2

febrero; 949/2008, de 27 noviembre; 713/2008, de 13 noviembre; de 28-9-2005; de 19-11-2003, etc.) como elementos de la agravación los siguientes:

1º.- La entidad del daño causado.

2º.- Que el daño implique un dolor o sufrimiento, lo que requiere que el ofendido o la víctima se encuentre en condiciones de experimentar ese daño.

3º.- Que el daño merezca ser calificado como inhumano. Lo que supone crueldad, calidad que, si bien referida al autor connotaría complacencia en el daño, en el contexto de la intensidad del padecimiento cabría tildarlo de insufrible para el común de los seres humanos.

4º.- Que el sujeto activo perciba que causa, y se proponga precisamente obtener, ese incremento de dolor o sufrimiento.

5º.- Que los padecimientos sean innecesarios para la ejecución del delito”.

En aplicación de lo anterior hay que decir que este Tribunal considera que la agresión que Mykhayklo T. [REDACTED] le propinó a Rafael Santamaría, pisoteándole hasta cinco o seis veces en la cabeza sin que este tuviera ninguna posibilidad de defensa por estar dormido, y con las graves consecuencias lesivas que dicha agresión ha tenido para la víctima, reviste una especial crueldad que implica por parte del autor el total desprecio por la integridad de otra persona, lo que se tendrá en cuenta por la Sala para la determinación de la pena. Sin embargo, no puede ser aplicada la circunstancia del art. 22.5ª del C.P, pese a la brutalidad de la acción porque, dada la forma en que sucedieron los hechos se considera que no concurren los referidos requisitos.

Así hay que tener en cuenta en primer lugar que el resultado lesivo es muy grave por la incidencia que el mismo tiene en la vida del perjudicado como consecuencia de que se trata de una enfermedad psíquica y neurológica que le afecta de manera cotidiana y que supone que el lesionado, pese a su edad no puede vivir de manera independiente, necesitando para muchos actos el auxilio de terceras personas. Sin embargo, ese grave resultado lesivo ya se tiene en cuenta para la calificación jurídica de los hechos como constitutiva de un delito de lesiones agravado del art. 149.1 del C.P. que implica la imposición de una pena equiparable,

o incluso superior a la correspondiente a un delito de homicidio intentado, por lo que no puede tenerse en consideración por dos veces y para la agravación de la conducta del autor de las lesiones, la entidad del daño causado.

Por otra parte, tampoco se conoce si ese daño incrementado que se deriva de la reiteración de los golpes, esto es que Mykhayklo T [REDACTED] pisotee la cabeza del lesionado no sólo una vez sino hasta en cinco o seis ocasiones, era un exceso o necesario para producirse ese grave daño, esto es si el resultado lesivo se produjo ya con la primera vez que el autor golpeó a Rafael Santamaría en la cabeza o si ello fue producido por esa reiterada agresión, lo que cuestiona la concurrencia del último de los requisitos, relativo a que los padecimientos sean innecesarios para la comisión del delito.

Finalmente, y por fortuna para el perjudicado, de la propia declaración del mismo que afirma que no recuerda haber sido golpeado ni haber por lo tanto sufrido por ello puesto que se quedó dormido y se despertó en el hospital, de la de los testigos presenciales que mantienen que el agredido estaba dormido cuando comenzó la agresión, y que no les pareció que se despertara en ningún momento, así como de las manifestaciones del agente de Policía que le atendió en primer lugar y afirma que el perjudicado estaba totalmente inconsciente, hay que concluir que no resulta probado que el agredido estuviera en condiciones, repetimos que, afortunadamente para él, de percibir el exceso en el sufrimiento que le hubiera producido la reiterada agresión en el caso de que hubiera estado despierto, por todo lo cual no procede estimar la concurrencia de la referida circunstancia de agravación.

Por último, se solicita por todas las acusaciones que se aprecie la concurrencia en relación con el delito de lesiones de la circunstancia agravante prevista en el número 4º del art. 22 del C.P., de “cometer 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, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad” por entender que el procesado actuó contra Rafael Santamaría por creer que era un indigente y ante la clara animadversión que ello le producía según el Ministerio Fiscal y la acusación particular, o el odio y desprecio que ello le generaba, según la

acusación popular, ello motivado en cualquier caso, según entienden todas las acusaciones por la ideología del autor del delito de naturaleza neonazi o “skin”.

En relación con lo anterior hay que comenzar por decir que no se ha practicado en el presente procedimiento ni una investigación en la fase de instrucción, ni se ha aportado en el acto del juicio oral prueba suficiente de que, en este caso Mykhayklo T. [REDACTED] tenga una ideología neonazi y por la ropa o el corte de pelo que llevaba cuando sucedieron los hechos, no puede considerarse esto acreditado al menos con la entidad suficiente como para considerar que por ello le produjo las lesiones a Rafael Santamaría Fernández, al entender que, por estar dormido en la calle era un indigente, y sentir, como consecuencia de su ideología, odio, desprecio o animadversión hacia las personas que, desgraciadamente y por múltiples circunstancias viven de esta manera.

Pero es que en todo caso, este Tribunal entiende que la agravación prevista en el nº 4 del art. 22 del C.P. no está prevista para este tipo de situaciones, porque del tenor literal de dicho precepto no se considera más grave la conducta de quien por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación actúa contra la víctima cuando la misma no está incluida en la enumeración que establece el propio precepto, esto es cuando la causa de la comisión del delito sea la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad, entre lo que no se incluye la condición social del perjudicado ni el hecho de que, acertadamente o no, se considere que es un indigente.

Así lo ha entendido la Sala 2ª del T.S. en la sentencia 1160/2006 de 9 de noviembre, resolviendo el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Madrid de 21 de octubre de 2005, en el que la Sala de lo Penal del TS. explica que en la circunstancia cuarta del art. 22 “cabe diferenciar dos partes, aunque no quepa separar una de otra. En la primera, terminada con una cláusula de relativa apertura, se hace referencia a la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. Y, en esa fórmula abierta, ha de incluirse el caso que nos ocupa: los acusados atacaban a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de mendigo sin techo.

En la segunda parte del precepto se acude a una enumeración en números clausus; la discriminación ha de centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (la víctima), lo que refuerza la seguridad jurídica, exigible por los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE y 1, 2 y 4 CP. Pero, con la utilización de tal cierre, corre peligro el legislador de dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que enuncia, casos de motivación discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad.

Y no cabe aseverar que la situación del indigente sin techo responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideología o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.

Con posterioridad a la fecha de estas sentencias se modificó el nº 4 del art. 22 del C.P. por la L.O. 5/2010 de 22 de junio pero solamente para cambiar el término “minusvalía” por discapacidad lo que tampoco incluye la situación de que la víctima sea un indigente sin techo, por lo que aún en el supuesto de que hubiera resultado acreditado, o se pudiera inferir lógicamente de la prueba practicada que Mykhayklo T [REDACTED] como consecuencia de su ideología sintiera odio, desprecio o animadversión hacia las personas indigentes o que viven en la calle y que el agredir a Rafael Santamaría Fernández fuera por entender que el mismo era de tal condición, ello no estaría incluido como motivo de agravación de su conducta en la circunstancia nº 4 del art. 22 del C.P. por lo que no procede realizar, en perjuicio del procesado, una interpretación extensiva de tal precepto.

SÉPTIMO.- Teniendo en cuenta todo lo anterior, y respecto a la pena a imponer a Mykhayklo T [REDACTED], por la comisión en concepto de autor de un delito de lesiones del art. 149.1 del C.P., con la concurrencia de la circunstancia agravante de alevosía del art. 22.1ª del C.P., de acuerdo con lo previsto en el art. 66.1.3ª del C.P., le corresponde la pena prevista en el art. 149.1 del C.P. en la mitad superior, por lo que, dado que dicha pena es de 6 a 12 años de prisión, la mitad superior de la misma supone una extensión de 9 años y un día a 12 años de prisión.

Dentro de dicha extensión, habida cuenta por un lado de la ya reiterada crueldad de la acción del procesado, por la repetición de los golpes que el mismo le propinó a la víctima en un lugar tan sensible como la cabeza, pisoteándosela sin ningún tipo de motivo o causa, y por otro que no consta que Mykhayklo T. [REDACTED] tenga ningún otro antecedente penal, la edad del procesado cuando cometió los hechos, 21 años, y el tiempo transcurrido desde que se produjeron éstos en agosto de 2009, se estima proporcional por la Sala imponerle a Mykhayklo T. [REDACTED] dentro de la referida extensión la pena de diez años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Además, tal como se solicita y por aplicación del art. 57 del C.P. se le impone a Mykhayklo T. [REDACTED] la prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 500 metros de Rafael Santamaría Fernández, de su domicilio o lugar de trabajo, así como de comunicarse con él de cualquier forma durante un plazo de 14 años lo que dada la gravedad de los hechos se estima necesario para dar la debida protección a la víctima.

OCTAVO.- Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente a tenor de lo dispuesto en el artículo 116 del Código Penal, y en su virtud los procesados deberán indemnizar a Rafael Santamaría Fernández por las lesiones sufridas consistentes en una herida contusa en la ceja izquierda y un traumatismo craneoencefálico con contusión hemorrágica intraparenquimatosa frontal parasagital izquierda para lo cual hay que tener en cuenta no sólo el tiempo que el perjudicado tardó en curar de sus lesiones, 514 días, de los cuales estuvo 368 impedido para sus ocupaciones habituales y 146 de ellos hospitalizado, precisando para ello de tratamiento médico neurológico y neurorrehabilitador, sino que, como ya se ha expuesto, y resulta acreditado, como consecuencia de la agresión Rafael Santamaría Fernández padece una grave enfermedad neurológica y psíquica, de la que ya no podrá curarse, y que le produce alteraciones cognitivo-conductuales que le limitan para todo tipo de actividades de cierta complejidad como las que exigen una adecuada planificación, organización, toma de decisiones o cierto grado de razonamiento y abstracción, para todo lo cual requiere la supervisión de terceras personas.

Tal situación le ha sido reconocida administrativamente, ya que la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León en resolución de 23

de julio de 2010 reconoció a Rafael Santamaría Fernández, al presentar, como consecuencia de la agresión sufrida, una discapacidad del sistema neuromuscular y un trastorno cognitivo en ambos casos de etiología traumática, un grado total de discapacidad del 67% y consta que sus padres iniciaron un procedimiento para determinar su posible discapacidad ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Zamora, el cual, el 29 de marzo de 2010 dictó auto reconociendo a Gaspar Santamaría San Juan y a Laura Fernández Martín la guarda de hecho sobre su hijo Rafael Santamaría Fernández.

Rafael Santamaría Fernández nació el 8 de octubre de 1976, por lo que al tiempo de ocurrir los hechos, el 23 de agosto de 2009, tenía 32 años de edad, y desde entonces, además de sufrir las consecuencias de las lesiones sufridas y la necesidad de seguir los necesarios tratamientos para la curación de las mismas, padece la referida enfermedad, de la que no va a poder curar y que le supone que si bien, por fortuna, es independiente para las actividades básicas de la vida como aseo, vestido, alimentación, etc., por el contrario, y de por vida necesita de la supervisión y auxilio de terceras personas para cuestiones y actividades de cierta complejidad y que exijan una adecuada planificación, organización, toma de decisiones o cierto grado de razonamiento y abstracción.

Dichas situaciones, que Rafael Santamaría Fernández como consecuencia de su enfermedad producida por las lesiones no puede realizar por sí sólo, no son sin embargo extraordinarias en el desarrollo de la vida personal del perjudicado, sino tan ordinarias como realizar un trabajo, manejar sus bienes, y vivir de manera independiente.

Por ello y partiendo de que, solamente ya por el tiempo de curación de las lesiones, 514 días, de los cuales Rafael Santamaría permaneció 368 de los mismos impedido para sus ocupaciones habituales, y 146 de ellos hospitalizado, le correspondería una indemnización, de acuerdo con las cantidades fijadas habitualmente cercana a los 100.000 euros, y la importante enfermedad que como secuela padece para el resto de su vida se estima totalmente ajustada la cantidad de 300.000 euros que, como indemnización para el perjudicado, y de una manera global, reclaman el Ministerio Fiscal y la propia representación del perjudicado.

Del pago de dicha indemnización responde, por el total de los 300.000 euros, Mykhayklo T█████, que es el autor material de las lesiones y en consecuencia el responsable directo del resultado lesivo producido por las mismas. Sin embargo, este Tribunal entiende que los otros tres procesados, Javier R█████ B█████, M^a Leticia G█████ D█████ e Iván L█████ V█████, también han contribuido, en menor medida, con su conducta constitutiva del delito por el que son condenados, al resultado lesivo producido al perjudicado puesto que podían haberlo impedido, desde el primer momento en el que comenzó la agresión y evitarlo o al menos minorarlo. Por ello y valorando no obstante esa menor incidencia de estos tres procesados en el resultado lesivo se condena a los mismos, a que abonen a Rafael Santamaría Fernández, del total de los 300.000 euros fijados como indemnización, la cantidad de 100.000 euros, de manera solidaria y conjunta entre ellos y en cuanto a este importe con Mykhayklo T█████.

NOVENO.- Respecto a la pena a imponer a los otros procesados que, como se ha dicho resultan condenados como autores de un delito de omisión de impedir determinados delitos del art. 450.1 del C.P., se interesa por el Ministerio Fiscal y la acusación particular que, para el supuesto de que proceda la condena por este delito se les imponga, a cada uno de ellos la pena de dos años de prisión.

Sin embargo hay que tener en cuenta que el delito que los procesados no han impedido pese a poder hacerlo, y por lo que se les condena no es un delito de homicidio en grado de tentativa que es un delito contra la vida y por el que no se ha formulado acusación, sino un delito agravado pero de lesiones, que obviamente, está incluido dentro del Título III “De las lesiones” del Libro II del C.P. y en el que el bien jurídico protegido no es la vida sino la integridad física de las personas.

Por ello, y en consecuencia, no cabe imponerles a Javier R█████ B█████, M^a Leticia G█████ D█████ e Iván L█████ V█████ pena de prisión, ni en la extensión interesada por las referidas acusaciones ni en ninguna otra, ya que en el art. 450.1 del C.P. la pena de prisión sólo está prevista para el supuesto de que el delito cuya comisión no se ha impedido sea un delito contra la vida, mientras que para el resto de los supuestos previstos en dicho precepto, entre los que se incluyen los delitos contra la integridad de las personas, la pena a imponer es de multa de seis a veinticuatro meses que es en consecuencia la que les corresponde a cada uno de los tres autores del referido delito.

No concurre en ninguno de ellos circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, puesto que aunque los tres tienen otros antecedentes penales no les son computables a efectos de reincidencia en la presente causa. Así, en concreto en lo relativo a la circunstancia agravante de reincidencia del nº 8 del art. 22 del C.P. cuya apreciación se interesa respecto de Javier R. B., hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la hoja histórico penal del mismo, obrante al folio 1001 y siguientes de las causas, el citado procesado ha sido condenado en otras causas por delitos de daños, lesiones, resistencia o, abandono de destino o residencia militar, ninguno de los cuales está incluido dentro del mismo Título del C.P. ni es de la misma naturaleza que el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos por el que ahora resulta condenado por lo que no procede apreciar en la responsabilidad penal del mismo la concurrencia de la referida circunstancia de agravación.

Teniendo en cuenta lo anterior y que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 66.1.6ª del C.P. los Jueces y Tribunales “Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”, este Tribunal considera que los hechos cometidos por los tres procesados, en la manera en que han resultado acreditados, son graves y absolutamente reprobables, puesto que el delito no impedido es de los de mayor gravedad dentro de los incluidos en los delitos de lesiones, y ellos podían haberle impedido a Mykhaylo T. que agrediera a Rafael Santamaría con suma facilidad ya que eran tres personas, una de ellas, Javier B., de una envergadura física muy similar al autor de las lesiones, porque éste no era un extraño sino un conocido suyo, en cuya compañía llevaban toda la noche, y porque pese a todo ello se limitaron a mirarle mientras agredía repetidamente, dándole pisotones en la cabeza a Rafael Santamaría quien se encontraba durmiendo en la calle y por lo tanto absolutamente indefenso, marchándose a continuación con el autor de las lesiones, a tomar copas como si nada hubiera sucedido, dejando malherido al agredido.

A ello hay que añadir que, como se ha dicho y pese a que no quepa apreciar la agravante de reincidencia los tres procesados tienen antecedentes penales por delitos violentos, Javier R. B. los ya expuestos, y Mª Leticia G. D. e Iván L. V. fueron condenados, según consta a los folios 1009 y

siguientes, ambos en sentencia de 12 de enero de 2009 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Zaragoza como autores de un delito de robo con violencia o intimidación imponiéndoseles a cada uno de ellos la pena de 1 año y nueve meses de prisión, que les fue suspendida.

Por todo lo expuesto este Tribunal considera procedente imponerle a cada uno de los tres procesados la pena de multa en su extensión máxima de 24 meses con una cuota diaria de 10 euros, que se estima moderada y adecuada a una condición económica estable como aparentemente tienen los tres procesados, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 del C.P. para el caso de impago.

DECIMO.- A tenor de lo preceptuado en el artículo 123 del Código Penal y en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas procesales se entienden impuestas por Ministerio de la Ley al criminalmente responsable del delito por lo que se le imponen a Mykhayklo T. [REDACTED] las correspondientes al delito de lesiones por el que es condenado, lo que supone al ser dos los delitos objeto de acusación, y uno de ellos, el de omisión del deber de impedir determinados delitos por acogerse la calificación alternativa, la mitad de las costas procesales, y a los otros tres procesados las relativas al delito de omisión de impedir determinados delitos, lo que supone que a cada uno de ellos se le impone la tercera parte de las costas procesales de la otra mitad del total de las costas, es decir, la sexta parte de las costas para cada uno de ellos.

Dentro de dichas costas se incluyen expresamente las de la acusación particular, cuya imposición se interesa por dicha parte, lo que se estima procedente por la Sala de acuerdo con el consolidado criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, fijado en sentencias como la de 12 de febrero de 2009 de la Sala 2ª del T.S. que recoge la doctrina expuesta en otras anteriores en cuanto a que “las costas del acusador particular han de incluirse entre las impuestas al condenado salvo que las pretensiones del mismo sean manifiestamente desproporcionadas, erróneas o heterogéneas en relación a las deducidas por el Ministerio Fiscal, o las acogidas en la sentencia, (cfr. SSTS 1980/2000, de 25 de enero de 2001, 1731/1999, de 9 de diciembre y 1414/1997, de 26 de noviembre)”, dado que en el presente supuesto las pretensiones de la acusación particular han sido y son, tras las conclusiones elevadas a definitivas en el acto del juicio oral absolutamente homogéneas con las

del Ministerio Fiscal, habiéndose acogido en la presente sentencia las que ambas acusaciones formulaban con carácter subsidiario.

No se incluyen, sin embargo las de la acusación popular que tampoco se reclaman por dicha parte, en aplicación de la reiterada Jurisprudencia de la Sala 2ª del T.S. (entre otras muchas S 30-6-08) respecto a que el ejercicio de la acción popular por personas o entidades que no han sido directamente afectadas por los hechos delictivos nunca pueden dar origen al pago o resarcimiento de las costas originadas por su actuación procesal.

UNDÉCIMO.- Finalmente se solicita por el Ministerio Fiscal en trámite de conclusiones en el acto del juicio oral celebrado en el presente procedimiento que por este Tribunal se deduzca testimonio para la investigación de la presunta comisión de un delito por el Letrado D. Ángel Pelluz Robles en relación con el contenido de un escrito de defensa que por dicha parte se presentó en la representación que ostenta de los procesados Iván L. [REDACTED] V. [REDACTED] y Mª Leticia G. [REDACTED] D. [REDACTED] por lo que, al no guardar relación alguna con los hechos enjuiciados, ni con el desarrollo del acto del juicio oral, será resuelto por la Sala en resolución aparte, permitiéndose así que tanto contra esta sentencia como contra esa resolución se interpongan en su caso, por separado, los correspondientes recursos.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey

FALLAMOS

-Que debemos **condenar y condenamos a Mykhaylo T. [REDACTED]** como autor penalmente responsable de un delito de lesiones previsto y penado en el art. 149.1 del C.P., con la concurrencia de la circunstancia agravante de alevosía del art. 22.1.1ª del C.P., a la pena de **DIEZ AÑOS DE PRISIÓN**, con inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndole además la prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 500 metros de

Rafael Santamaría Fernández, de su domicilio o lugar de trabajo, así como de comunicarse con él de cualquier forma durante un plazo de 14 años, imponiéndole además la mitad de las costas procesales, incluidas en ellas las de la acusación particular.

Abónesele al condenado Mykhayklo T[REDACTED] para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta el tiempo en que ha estado en prisión preventiva por esta causa si no le hubiera sido abonado ya en otra.

-Que debemos **condenar y condenamos a Javier R[REDACTED] B[REDACTED], M^a Leticia G[REDACTED] D[REDACTED] e Iván L[REDACTED] V[REDACTED]** como autores penalmente responsables de un delito de omisión del deber de impedir determinados delitos previsto y penado en el art. 450.1 del C.P., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos de **VEINTICUATRO MESES DE MULTA**, con una cuota diaria de 10 euros y la responsabilidad personal subsidiaria prevista legalmente en caso de impago, absolviéndoles del delito de lesiones e imponiéndoles a cada uno de ellos la sexta parte de las costas del presente procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

Mykhayklo T[REDACTED] deberá indemnizar a Rafael Santamaría Fernández en la cantidad de 300.000 euros por las lesiones y perjuicios sufridos, y Javier R[REDACTED] B[REDACTED], M^a Leticia G[REDACTED] D[REDACTED] e Iván L[REDACTED] V[REDACTED], del total de los 300.000 euros fijados como indemnización, en la cantidad de 100.000 euros, de manera solidaria y conjunta entre ellos y en cuanto a este importe con Mykhayklo T[REDACTED], devengando la citada cantidad fijada como indemnización, desde la fecha de esta sentencia, el interés a que se refiere el art. 576 de la LEC.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebramiento de forma, en el plazo de CINCO DIAS, a contar desde la última notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Ángela Acevedo Frías, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.