

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION 17ª
MADRID**

**ROLLO GENERAL : 27/09 PO
PROCEDIMIENTO: SUMARIO 1/09
JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 6 ALCALÁ DE HENARES**

MAGISTRADOS:

**DÑA. MANUELA CARMENA CASTRILLO
DON RAMIRO VENTURA FACI
DON JOSÉ LUIS SÁNCHEZ TRUJILLANO**

La Sección Decimoséptima de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid, en la causa de referencia, ha dictado,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD, EL REY,

la siguiente

SENTENCIA Nº 717/10

En Madrid, a veintiocho de junio de dos mil diez.

VISTA en Juicio Oral y público ante la Sección Decimoséptima de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid, el rollo arriba referenciado, procedente del Juzgado de Instrucción nº 6 de los de Alcalá de Henares, seguida por un delito de lesiones, contra **Roberto A.**, nacido en Madrid, el día 10 de octubre de 1977 (hoy 32 años), hijo de Prudencio y de María Soledad, con domicilio en Alcalá de Henares, calle B. nº 1-1º B y con Pasaporte nº AC 14XXXXXX02, habiendo sido partes, el Ministerio Fiscal, dicho acusado, representado por el Procurador de los Tribunales don Manuel Martínez de Lejarza y Ureña y, como acusación particular, el Procurador don Francisco Inocencio Fernández Martínez que lo es del perjudicado Miwa Buene Monake y, como acusación popular el Procurador don Antonio Gómez de la Serna Adrada en nombre y representación de la Asociación Movimiento contra la Intolerancia. Siendo Ponente la Ilma. Sra. doña Manuela Carmena Castrillo, quien expresa el parecer de la mayoría del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales calificó los hechos procesales como constitutivos de un delito de lesiones del artículo 149 del Código Penal y reputando como responsable del mismo al acusado Roberto A, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal agravante de motivación racista del artículo 22.4° del Código Penal, solicitó la imposición de la pena de doce años de prisión con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y costas.

La acusación particular, en nombre del perjudicado Miwa Buene Monake calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones del artículo 149.1 del Código Penal en relación con el artículo 55 y artículo 57, este último en relación con el 48 todos ellos del Código Penal, considerando responsable del mismo, en concepto de autor al acusado Roberto A., concurriendo en el mismo las agravantes de la responsabilidad criminal de alevosía prevista en el artículo 22.1 del Código Penal y la agravante de racismo del artículo 22.4 del mismo texto legal, solicitando la imposición de la pena de doce años de prisión con las accesorias de inhabilitación absoluta; y prohibición de acercarse y comunicarse con la víctima y con su mujer y sus hijos, así como la prohibición de residir y acudir al lugar en que tuvieran su residencia cualquiera de ellos por un tiempo de veinte años. Además, se solicita la condena en costas entre las que deberán incluirse las de esta acusación particular (art. 123 y siguientes Código Penal y 239 y siguientes Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La acusación Popular, Movimiento contra la Intolerancia, calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones del artículo 149.1° del Código Penal, reputando como autor del mismo al acusado Roberto Alonso de la Varga, en el que concurren las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal:

A) La agravante del artículo 22.4° del Código Penal al haber cometido los hechos por motivos racistas y discriminatorios referentes a la etnia y nación a la que pertenece la víctima.

B) La agravante del artículo 22.1° del Código Penal al haber ejecutado el hecho con alevosía.

C) Alternativamente a la anterior la agravante del artículo 22.2° del Código Penal al haber ejecutado el hecho con abuso de superioridad.

Procediendo a solicitar la imposición de la pena de doce años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, artículos 149.1° y 55 del Código Penal.

Asimismo deberá imponerse al procesado la prohibición de aproximarse a su víctima, su esposa e hijos o acercarse o comunicar con ellos a menos de 500 metros durante 22 años, artículo 57 en relación con el

artículo 48 del Código Penal.

SEGUNDO.- La representación del acusado solicitó la libre absolución de su patrocinado.

TERCERO.- En el acto del Juicio Oral, el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular y la Popular elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales y la Defensa del Acusado modificó sus conclusiones definitivas en el sentido de incluir dos alternativas:

En el punto primero en cuanto al relato de los hechos, diciendo que el día 10 de febrero de 2007, tras una discusión entre Roberto y Miwa, habiendo ingerido bebidas alcohólicas de forma moderada, golpea en la mejilla a Miwa causándole una lesión muy grave, lesión que no era previsible por el agresor.

En la segunda, incluir que se trata de un delito del artículo 152.2 en relación con el artículo 149 del Código Penal.

En la cuarta, concurre la atenuante del artículo 21.1 y 21.2 en relación con el artículo 20.2 del Código Penal en cuanto al consumo de bebidas alcohólicas.

Alternativamente, solicita que se aplique el tipo penal del artículo 149 con la atenuante del artículo 21.1 y 21.2 en relación con el artículo 20.2 del Código Penal.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El día 10 de febrero de 2007 sobre las 10,30 horas de la mañana coincidieron a la salida del Bar de copas "Comandachina", sito en la calle Río Tajuña de Alcalá de Henares, Roberto A. y Miwa Buene Monake. Roberto, quien habitualmente no fuma, se dirigió a Miwa Buene pidiéndole tabaco y fuego. Miwa Buene le contestó educadamente. Le dijo que no tenía ni tabaco ni fuego, a lo que Roberto, ya con gran agresividad, sin causa aparente alguna, le dijo "que era un hijo de puta por no tener tabaco ni fuego". Miwa Buene, le contestó diciéndole: "pues ya somos dos, los hijos de puta, pues tu tampoco tienes ni tabaco ni fuego".

SEGUNDO.- La respuesta tranquila y sagaz de Miwa Buene irritó extraordinariamente a Roberto A. quien con grandes voces y agresividad siguió insultando a Miwa Buene. Le dijo: "puto negro, puto mono, tu sitio no está en este país". "Tu sitio es el jardín zoológico con tus compañeros". "Arriba España, viva España". Acto seguido Roberto con la mano abierta y en el momento en el que Miwa Buene comenzaba a girarse para apartarse le propinó un brutal golpe en la zona inferior del lado izquierdo de la cara y comienzo del cuello que le fracturó de inmediato las vértebras C4, C5 y C6 lo que provocó que Miwa Buene cayera desplomado al suelo.

TERCERO.- Uno de los dos testigos presenciales, dijo a los agentes que se personaron de inmediato en el lugar de los hechos, -al haber sido

avisado por otro de los testigos presenciales- cuales eran las características del agresor y que este se encontraba en la esquina de la calle como escondido, intentando mirar el curso que tomaban los acontecimientos. El agente de la Policía Nacional de Alcalá de Henares nº 91.270 se dirigió, entonces, a quien resultó ser Roberto A. de la Varga identificándolo. Roberto Alonso pidió explicaciones al agente de policía y al explicarle éste que intervenían como consecuencia de la agresión de una persona, Roberto le dijo que no le parecía justificado tanta intervención policial por el simple hecho de que "un negro o un moreno se hubiera llevado una hostia".

CUARTO.- Los médicos forenses diagnosticaron la lesión que había sufrido Miwa Buene Monake como una fractura -luxación C4, C5 y C6 con lesión medular a nivel C4- y tetraplejía inmediata que implicaba calificación de gran invalidez, (vejiga e intestino neurógeno con incontinencia urinaria y fecal, disfunción eréctil, falta de movilidad y de sensibilidad, precisando de ayuda de terceras personas para todas las actividades de la vida diaria y de silla de ruedas para sus desplazamientos). Además y, como consecuencia de las lesiones producidas por esa agresión, Miwa Buene Monake, presenta trastorno depresivo mayor severo y trastorno psicótico que habrá de mantenerse a largo plazo o indefinidamente.

QUINTO.- Miwa Buene estuvo ingresado en el Hospital Príncipe de Asturias de Alcalá de Henares desde el día 10 de febrero de 2007 hasta el día 1 de marzo de 2007 que fue trasladado al Centro Nacional de Paraplégicos de Toledo y en el que permaneció hasta el día 8 de octubre de 2007; en dicha fecha fue trasladado al Centro de Lesionados Medulares de Vallecas (Madrid) en el que continúa ingresado para tratamiento rehabilitador de potenciación muscular para su adaptación al uso de silla de ruedas eléctrica con el objetivo de mejorar sus habilidades y autonomía.

SEXTO.- Miwa Buene Monake tiene en este momento 45 años de edad, está casado y tiene dos hijos de 10 y 13 años. Es ciudadano de la República del Congo donde estudió la carrera de economista. Habla varios idiomas y, en el momento en el que sucedieron estos hechos, ejercía su trabajo de interprete. Su aspecto actual es el de una persona extremadamente delgada. Su configuración física con anterioridad a sufrir esta terrible agresión era esbelto y alto.

SÉPTIMO.- Roberto A. tiene en este momento 32 años. Nació y vivió en Alcalá de Henares hasta el momento de suceder estos hechos. Fue condenado por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Es una persona alta y de gran envergadura física. Siempre ha trabajado. En la fecha en la que agredió a Miwa Buene trabajaba como camionero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que hemos declarado probados lo han sido por las pruebas celebradas en el acto del Juicio Oral que a continuación vamos a explicar.

En primer lugar, por la declaración de Miwa Buene Monake que describió con claridad y precisión lo que, en síntesis, ya había declarado a lo largo de la instrucción de este sumario. A pesar de la enfermedad que sufre Miwa Buene, su declaración, en el acto de este Juicio Oral, fue tranquila, clara y perfectamente comprensible. Su veracidad fue evidente, y esto no sólo porque toda su declaración fue coincidente con la de los dos testigos presenciales y con los diagnósticos médicos de sus lesiones, sino porque la forma de relatar cómo le abordó Roberto y lo que él le contestó ofrece la singularidad de la verdad. La inteligente respuesta de Miwa Buene al primer insulto de Roberto en ningún caso puede ser producto de ficción.

SEGUNDO.- Declaraciones de los testigos José Antonio L. L. y Juan Carlos H. T..

Ambos testigos lo fueron presenciales.

José Antonio L. L. fue el único testigo presencial que vio, desde una distancia aproximadamente de 20 a 30 metros como Roberto agredía a Miwa Buene Manake. Él nos explicó que se encontraba en el lugar de los hechos porque aquel sábado por la mañana había salido a dar un paseo y que se había cruzado, en la calle Río Tajuña, con Roberto y con Miwa Buene, que los vio discutir cuando los adelantó, aunque no prestó atención a los términos de los epítetos que se cruzaban. También nos dijo que, justo antes de doblar la esquina de esta calle, giró la cabeza por pura curiosidad, y vio como Roberto, quien tenía enfrente a Miwa Buene le pegaba en la parte izquierda de la cara un golpe muy fuerte y como, en ese mismo momento y como consecuencia del mismo Miwa Buene caía al suelo desplomado.

Este testigo nos dijo también que acudió a socorrer de inmediato a Miwa Buene quien pedía socorro pues no podía levantarse del suelo, que intentó ayudarle pero que fue absolutamente imposible porque Miwa Buene era como un peso muerto.

Juan Carlos H. T. también fue testigo presencial. Juan Carlos nos explicó en el acto del Juicio Oral que él había aparcado su coche en batería en la calle Río Tajuña pues se dirigía al gimnasio que hay esa misma calle donde tenía hora a las 10:30 de la mañana. Juan Carlos nos dijo que mientras que sacaba las cosas que necesitaba para el gimnasio y ponía otras en el maletero de su coche vio el cariz de la discusión entre Roberto y Miwa Buene. Que pudo ver como quien verdaderamente estaba agresivo era Roberto y que Miwa Buene, mucho más comedido y sereno, intentaba cortar la discusión e irse, y que aunque no vio el mismo momento del golpe, si que vio caído a Miwa Buene. Que él no se acercó a este porque le dio miedo el comportamiento de Roberto, quien estaba fuera de sí momentos después de haber agredido a Miwa Buene y que le vio perfectamente como con el brazo

derecho en alto decía "¡Arriba España!" y que, "había que echar a todos los negros, que nos estaban invadiendo". Así mismo Juan Carlos H. T., nos dijo que Roberto amenazaba a la gente que comenzaba a llegar al lugar de los hechos, diciéndoles que no dijeran nada de lo que había pasado porque él les había visto la cara. Por todo esto, continuó diciéndonos Juan Carlos, que él entró en su gimnasio y que desde allí aviso a la policía y pudo ver parte de todo lo narrado, desde la puerta de cristal del gimnasio.

TERCERO.- Declaraciones de los agentes de Policía Nacional 96.046 y 91.270.

Estos agentes fueron los primeros que acudieron al lugar del suceso. Ambos nos explicaron que los testigos allí presentes, tanto los identificados como uno que finalmente no pudo ser identificado, les explicaron cuál era la apariencia física y la vestimenta del agresor, quien estaba como escondido en la esquina de la calle. Por esta razón el agente de Policía Nacional nº 21.270, fue el que se dirigió en busca de Roberto quien le identificó y a quien Roberto, una vez que supo el motivo de la presencia policial en el lugar de los hechos, le espetó su asombro de que los agentes policiales se interesaran por un negro empleando esa expresión de que era desproporcionada su intervención por el simple hecho de que un negro o un moreno se hubiera llevado una hostia.

CUARTO.- Prueba pericial médica que se celebró durante la vista del Acto del Juicio Oral. Comparecieron los doctores don Kaloyan Emilov Velez, médico de urgencias del Hospital Príncipe de Asturias el día en el que Miwa Buene fue lesionado, las doctoras forenses doña María del Carmen Martín Parra, médico forense del Instituto de Medicina Legal de Ciudad Real y de la Clínica de Toledo, la doctora forense la Sra. Esther Santiago Romero del Juzgado de Instrucción nº 4 de Alcalá de Henares y la doctora doña Rosario Gutiérrez Labrador Médico Psiquiatra. Todos ellos se ratificaron en sus informes que figuran respectivamente en los folios 17, 253, 699, 803 y 684 de las actuaciones.

Tan claras resultaron las ratificaciones y las aclaraciones que estos cuatro doctores dieron en el acto del Juicio Oral, que, de común acuerdo, tanto el Ministerio Fiscal como los Letrados de las acusaciones y la defensa renunciaron a los otros doctores propuestos también como prueba pericial, la Médico Forense de Alcalá de Henares es quien con la doctora Esther había firmado los informes que figuran en el folio 699, doctora Eva de la Cavada, la doctora María Ángeles Pozuelo quienes había firmado el informe forense del folio 276 y la doctora María Visitación Quintas López, Psiquiatra que había firmado el informe que figura en el folio 275.

Los informes de los doctores forenses se agruparon en dos bloques. El primero de ellos compuesto por los doctores Kaloyan Emilov Velez, María del Carmen Martín Parra y Esther Santiago se centraban en el análisis de las lesiones que había sufrido Miwa Buene. El doctor Kaloyan Emilov Velez explicó como desde el momento en el que le efectuó el primer reconocimiento fue consciente de la enorme gravedad de Miwa por lo que en

cuanto se constató la fractura y luxación de vértebras C4, C5 y C6 con lesión medular a nivel C4 se le derivó a las unidades de cuidados intensivos del Hospital donde se tuvo que hacer una traqueotomía para que pudiera respirar. Aclaró que la tetraplejía había sido inmediata y consecuencia de la lesión medular, y, de tal forma que cuando Miwa había caído al suelo ya se había producido la fractura y luxación de las vértebras pues si no él mismo hubiera presentado algún tipo de lesión en las manos que habrían evidenciado su intento de parar el golpe. Al no ser así era evidente, a juicio de la doctora Forense la Sra. Santiago, que cuando Miwa cae la tetraplejía ya se ha producido, pues no pudo ejecutar el más mínimo acto reflejo propio de la correcta conexión cerebral. Contestó también de forma muy clara a nuestro criterio el doctor Emilor, quien a preguntas del Tribunal nos dijo que la línea de fractura que presentaban las tres vértebras era continua, cuestión que permitió que la doctora Esther Santiago interviniera en ese momento, con su experiencia de doctora forense, y, concluyera en que, esa continuación de la línea de fractura de las tres vertebrae, indicaba que las mismas habían sido consecuencia del mismo golpe. Esa doctora explicó que la vulnerabilidad de la columna vertebral era horizontal, poniéndonos el claro ejemplo del movimiento de la baraja que no se desestabiliza de arriba abajo, ni de abajo arriba pero si en los desplazamientos horizontales. Nos puntualizó que no la cabía la menor duda que la fractura-luxación de las vértebras del lesionado habían sido consecuencia de un golpe intensísimo que había roto al unísono las tres vértebras. La doctora María del Carmen Martín Parra aclaró que le había llamado la atención cuando ella había reconocido a Miwa Buene, ya en el centro de Paraplégicos de Toledo que presentaba una cicatriz en la mejilla izquierda de lo que deducía que la ubicación del golpe tuvo que producirse en esa zona inferior de la cara. Esto motivó la intervención, de nuevo de los doctores Emilor y Santiago quienes explicaron cómo fue posible, que no se detectará en el momento en el que ingresó en urgencias Miwa, el que pudiera tener un golpe en la parte baja de la mejilla izquierda y, hasta una fractura de un diente, pues por una parte la enorme gravedad de las lesiones cervicales que presentaba obligo a los doctores de guardia a centrarse, urgentísimamente en salvar la vida de Miwa y, por otra el hecho mismo de que Miwa sea de raza negra hace más difícil detectar los hematomas. Estos tres doctores forenses, por tanto, concluyeron en que la tetraplejía se le había producido a Miwa Buene por el brutal golpe que había recibido en la cara sin que tuviera influencia ninguna en la dramática tetraplejía que sufre la forma con la que le pudieron intentar levantar las primeras personas que acudieron a socorrerle con las maniobras de desplazamiento efectuadas por el servicio médico de la ambulancia que le trasladó al Hospital.

El otro grupo de doctores convocados tenía como objetivo la ratificación y la explicación de los informes que figuraban en la causa de los padecimientos psicológicos que sufría y había sufrido Miwa Buene. Éste área la desempeño con muchísimo detalle y satisfacción entre todos los intervinientes la doctora Psiquiatra doña Rosario Gutiérrez Labrador, así como la propia doctora forense la señora Esther Santiago quien se ratificó también en el informe que sobre este aspecto de la dolencia de Miwa figuraba en la causa. Resultaron, extensas, precisas, claras y concluyentes todas las

informaciones que la doctora Rosario Gutiérrez Labrador ofreció al Tribunal. Esto fue lo que, tal y como hemos dicho más arriba aconsejo, tanto al Ministerio Fiscal como a los letrados de las acusaciones particular y popular y al propio letrado de la defensa a renunciar al resto de las facultativas que habían realizado los informes que figuraban en los folios 275 y 276 de la causa. La Psiquiatra, señora Gutiérrez Labrador nos dijo que tanto el trastorno depresivo severo y el trastorno psicótico que presentaba Miwa eran consecuencia de la tetraplejia que había sufrido, por las alteraciones psíquicas que está puede ocasionar y por el incuestionable proceso depresivo que ocasiona la situación en la que queda sumida la persona que queda tetrapléjica.

QUINTO.- Por las declaraciones del propio acusado quien, aunque negó haber sido él el autor de de los insultos y de la brutal agresión que sufrió Miwa, admitió que se encontraba ese día y a esa hora en el lugar de los hechos y que además no fue capaz de expresar descargo de ninguna índole, ni explicación plausible de su negativa a los hechos objeto de la acusación.

SÉXTO.- Los hechos que hemos declarado probados constituyen, según la mayoría del Tribunal, un delito de lesiones del artículo 149 del Código Penal.

Dice el artículo 149 del Código Penal que comete este delito: “...*El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años...*”

La tetraplejia es una gravísima enfermedad incurable que supone tal y como dijeron los doctores en sus informes y se ratificaron durante el acto del Juicio Oral, y que hemos descrito en los Hechos Probados una gran invalidez en cuanto que impide la realización de las actividades más elementales del organismo. (Miwa tiene una vejiga e intestino neurógeno, con incontinencia urinaria y fecal, disfunción eréctil, falta de movilidad y de sensibilidad, y precisa de ayuda de terceras personas para todas las actividades de la vida diaria, y de una silla de ruedas para sus desplazamientos.) Es así que la propia definición de esta enfermedad y, desde luego, en la forma que le ha afectado a Miwa Buene constituye el elemento típico objetivo de este delito de lesiones.

Pero es que además y, tal y como pudimos oír en el acto del Juicio Oral a la psiquiatra la señora Rosario Gutiérrez Labrador, esta enfermedad física de la tetraplejia le ha ocasionado a Miwa Buene un trastorno depresivo mayor severo y un trastorno psicótico que es presumible que, desafortunadamente, se mantendrá a largo plazo o definitivamente y, dependiendo de una manera indisoluble de la propia enfermedad física incurable de la tetraplejia.

SEPTIMO.- El Letrado de la defensa de Roberto formuló en el acto del juicio conclusiones alternativas a las que en principio mantuvo de la

inocencia de su cliente. Alegó que en el caso de que el tribunal no estimara la proclamada la inocencia de Roberto debían calificarse las lesiones que había causado el acusado Roberto A. como lesiones puramente imprudentes y calificadas de conformidad con el artículo 152 del Código Penal que prevé la degradación penológica, para las todas las lesiones que describen las distintas especialidades del tipo de este delito cuando las mismas no han sido realizadas por dolo, sino exclusivamente por imprudencia.

Pues bien esto no es así. El Letrado de la defensa del acusado ni siquiera ofreció una versión alternativa descriptiva de la imprudencia con la que calificaba las lesiones sufridas por Miwa, pues en su declaración alternativa a su conclusión primera simplemente dijo que quedaba configurada de la siguiente forma: "...que el día 10 de febrero de 2007, tras una discusión entre Roberto y Miwa, habiendo ingerido bebidas alcohólicas de forma moderada, golpea en la mejilla a Miwa, causándole de una lesión muy grave, lesión que no era previsible por el agresor en el acto del Juicio Oral...". El Letrado, intentó sin éxito, a través de las preguntas que formuló tanto a los testigos, como a los peritos médicos, demostrar que esas lesiones no las había producido el golpe que Roberto había propinado a Miwa sino que podrían derivarse de haberse golpeado el mismo, al caer, con algunos de los coches que estaban aparcados cercanos al lugar en que sucedieron los hechos, o bien, por las propias maniobras que habían realizado los testigos que intentaron ayudar a levantarse a Miwa Buene o por las que habían podido realizar por una indebida actuación médica los asistentes de los servicios de urgencias.

Absolutamente nada de esto resultó acreditado. De ahí que resulte procesalmente, poco comprensible, el que el letrado de la defensa proponga una calificación jurídica desprovista de cualquier sustrato fáctico. Como ya hemos comentado más arriba los doctores, tanto el Médico de Urgencias del Hospital Príncipe de Asturias como las doctoras forenses fueron absolutamente concluyentes en que la fractura de las vértebras que sufrió Miwa se habían producido sin duda alguna, como consecuencia del golpe que le había propinado Roberto en la parte posterior izquierda de la cara. No hay imprudencia alguna en una lesión directamente consecuencia de un golpe producido por la mano de un ser humano a otro. La intensidad de la lesión respondió de una forma mecánica a la intensidad del golpe. La causalidad, por tanto entre la fuerza bruta del golpe y la fractura y luxación de las vértebras es clara. La causa fue el golpe y el efecto fue la rotura de las vértebras, y ésta -la fractura-luxación- de las vértebras fue lo que produjo la tetraplejía. No hay por tanto base alguna para la consideración de esta pretendida lesión por imprudencia.

OCTAVO.- La tetraplejía que ocasionó Roberto A. a Miwa fue consecuencia del acto doloso que significa la agresión voluntaria de una persona otra. Quien agrede a otro pretende ocasionar con su agresión el daño que precisamente constituye la lesión. Agredir a alguien, con conciencia de que lo que pretendemos es precisamente hacer daño es la expresión más clara del delito doloso. Es decir agredir a alguien para hacerle daño

es la expresión más clara del delito voluntario. El acusado, tal y como le permite el artículo 24 de la Constitución Española, optó en el acto del juicio por negar rotundamente los hechos objeto de la acusación por lo que se privó a sí mismo y privó al tribunal también de conocer el elemento subjetivo del dolo. El dolo, que no es otra cosa que nuestra voluntad de cometer una acción prohibida, tiene dos aspectos. El primero es el que constituye la íntima voluntad de un ser humano de realizar esa acción prohibida. Este aspecto de la voluntad de hacer el mal (del dolo) es íntimo y solamente el tribunal lo puede conocer cuando el acusado acepta los hechos que configuran el delito cometido y explica ese resorte íntimo que le llevó a cometer un acto ilícito sabiendo que lo cometía. El segundo aspecto es la exteriorización objetiva de esa voluntad de hacer daño (del dolo). Esta externalización del dolo la conforman todos aquellos datos objetivos (pruebas de toda índole) que indican que el acto ilícito, el delito que cometió una persona tuvo que ser forzosamente voluntario.

NOVENO.- Este delito previsto en el artículo 149 del Código Penal es la variante más grave de todos los distintos delitos de lesiones que se configuran en el Código Penal. El Código Penal que castiga al que agrede a otro, ha establecido distintos tipos de delitos de lesiones, a los que atribuye distintas penas según el resultado de las lesiones que se hayan causado. Es así que los distintos tipos de delitos de lesiones precisan todos ellos una voluntariedad específica, no sólo de haber lesionado con carácter general sino la específica de haber querido causar el tipo de lesión por el que se acusa y puede ser castigado. Es por esta razón por la que tenemos que analizar ahora, y una vez que desde luego hemos rechazado que las lesiones producidas por Miwa tuvieran una causa diferente a la de la propia agresión humana, si verdaderamente cuando Roberto A. agredió a Miwa Buene quiso o no causarle la tetraplejía que efectivamente le ocasionó. La doctrina jurídica que pretende analizar los supuestos de hecho a los que hay que aplicar el derecho penal ha establecido dos tipos diferentes de actividad voluntaria del acto ilícito y en este caso concreto del acto de lesionar que indiscutiblemente cometió el acusado Roberto A.. El Derecho Penal ha establecido que además del dolo directo que consiste en la voluntad de quien pretende causar precisamente la lesión que ocasiona, existe también el dolo llamado dolo eventual. El dolo eventual consiste en que el acto ilícito del autor, aunque no pretenda específicamente causar el daño que finalmente ocasiona, ha generado una situación de peligro claro de causar precisamente esas lesiones que el autor de la agresión ha asumido y que han sido las que han ocasionado el daño producido. Esto creemos que es lo que ha sucedido con Roberto Alonso de la Varga. Aquella desafortunada mañana de día 10 de febrero del año 2007, por las razones que más adelante analizaremos, Roberto A. propinó un brutal golpe con la mano abierta en la parte inferior izquierdo de la cara y comienzo del cuello de Miwa y lo hizo sabiendo su envergadura física y la fuerza que la misma le proporcionaba, conociendo y asumiendo por tanto el peligro de causar esas gravísimas lesiones que producen la tetraplejía, por la fuerza, por el lugar en el que le propinaba el golpe a Miwa, por su gran envergadura física y por la diferente actitud en la que Miwa se encontraba.

Es decir, Roberto A., generó y asumió voluntariamente la situación de peligro de causar esas gravísimas lesiones que pueden producir la tetraplejia y que significaba su decisión de golpear con esas características de intensidad brutal en un determinado lugar de la víctima y ante una determinada actitud de ésta y esto es la expresión propia del dolo eventual con el que actuó Roberto.

DECIMO.- Tenemos en cuenta para establecer este presupuesto del dolo eventual de este delito de lesiones previsto en el artículo 149 del Código Penal, la jurisprudencia es constante en este sentido. Precisamos; en la mayor parte de delitos de lesiones que se producen con ocasión de un estallido de agresividad es que causan gravísimas lesiones y a veces hasta la muerte el dolo no es directo sino sólo eventual pero en modo alguno esto quiere decir cómo ha mantenido el Letrado de la defensa en su calificación alternativa que el daño que produjeron las lesiones gravísimas no fuera previsible. Muy por el contrario creemos que en este tipo de delitos el peligro que asume el autor de los hechos es a su vez genérico y específico. Lo explicamos. Cuando, como sucede en este caso, la lesión que se ha causado a la víctima es una consecuencia de la fuerza brutal del golpe, del lugar y la forma en la que se produjo, el peligro que asume el agresor es el que se deriva de la propia consecuencia de su acto, es decir el de causar lesiones gravísimas. Evidentemente el dolo no se expresa como específico de causar la tetraplejia sino como el genérico y a la vez específico de causar esas gravísimas lesiones que son las que pueden producir la tetraplejia. Los Magistrados mayoritarios en este punto queremos precisar que no se debe confundir la acción del tipo, que es desde un punto de vista genérico la de causar gravísimas lesiones que pueden producir entre otros efectos el de la tetraplejia, con el que el autor de la agresión tenga que tener la asunción íntima de que con su golpe brutal puede causar específicamente una tetraplejia. Incluimos a continuación sentencia de esta misma Sala de la que fue ponente el Magistrado Ilustrísimo Señor Ramiro Ventura Faci quien firma esta sentencia y que, a su vez, utilizó como base otra sentencia de esta Sala de la que fue ponente quien fue nuestro Presidente el Ilustrísimo señor Jesús Fernández Entralgo.

Sentencia de esta Sala de 5 de julio del 2007 en la que se dice lo siguiente: "... *Para estudiar y desarrollar la difícil cuestión que se plantea en cuanto al elemento subjetivo en la acción o acciones realizadas por el acusado ..., más aún cuando se plantea no un ánimo o dolo directo de matar sino un ánimo o dolo eventual de matar, vamos a seguir la exposición de la sentencia nº 987/2006, de 19 de diciembre de esta misma Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid (Ponente: FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús)*

La forma arquetípica de intencionalidad, lo que en la Teoría del Delito se conoce como «dolo directo de primer grado», se aprecia cuando el resultado causado se corresponde claramente con el directa y principalmente perseguido por la persona que actuó. Tensó su arco y disparó su flecha

contra una diana muy precisa.

Fuera de este caso, no cabe hablar, en buenos principios psicológicos, de «intención» en sentido estricto. Ello no impide que existan otras hipótesis en las que, por razones de política criminal, se crea justificado poner el resultado no directamente querido a cuenta de la persona actuante, dando a su conducta el mismo tratamiento que si ésta hubiese obrado con el fin de producirlo.

Así ocurre en los casos del llamado «dolo directo de segundo grado» o «dolo de consecuencias necesarias», que se aprecia cuando una persona pone conscientemente en marcha un proceso causal, de modo que deje de tener el dominio de su curso, y que -desde el punto de vista de un observador cualquiera- haya de producir con un grado de probabilidad rayano en la certeza, un resultado ciertamente no deseado por el actuante, pero que «asume», aunque sea a regañadientes, porque antepone, por encima de cualquier otra consideración, la consecución de su verdadero objetivo.

Así ocurre también cuando el sujeto actúa con lo que se denomina «dolo indirecto» o «eventual», diferenciado del anterior por el menor grado de probabilidad de causación del resultado con cuya producción finalmente «se resigna» la persona que actúa.

De acuerdo con las enseñanzas que proporciona la experiencia vulgar, en las conductas agresivas es fácil descubrir, en ocasiones, la finalidad homicida que inspiraba al agente. Muy a menudo, en cambio, la agresión tiene una intención menos precisa. El campo del objetivo se ensancha y se hace relativamente difuso. La cólera o la frustración incitan a la persona a desembarazarse a cualquier precio de lo que constituye un obstáculo para hacer realidad sus deseos. Hubiera preferido que el precio no fuese tan alto, pero, en definitiva, se decide a actuar. Aunque hay otros tratamientos posibles (la «recklessness» anglosajona lo demuestra), cabe que sean tan intensa la reprobación social que merece esa insensibilidad frente a la probabilidad de producir ese que hoy se llamaría -con terminología importada de las noticias bélicas- «daño colateral», que se considera legítima castigarlo, también en este caso, <<como si>> hubiese sido el principalmente querido por el actuante...”

Consideramos muy claros los dos últimos párrafos de esta sentencia. Precisamente porque la sociedad necesita reprobar esa insensibilidad frente a la probabilidad de producir los efectos propios de un golpe brutal, quien actúa generando el golpe que previsiblemente puede producir una tetraplejía lo hace con dolo aunque éste sea eventual y su conducta debe quedar claramente tipificada en este artículo 149 del Código Penal.

UNDÉCIMO.- Es autor de este delito de lesiones previsto en el artículo 149 del Código Penal el acusado Roberto A.. Como ya hemos comentado más arriba en la enumeración de la prueba Roberto en el ejercicio de su derecho de no declararse culpable optó por mentir al tribunal y no confesar que él había sido quien había golpeado a Miwa. Ante las lógicas preguntas

que efectuaron las acusaciones de cómo era posible que negara los hechos cuando a su vez él afirmaba que se encontraba en el lugar y a la hora en que se produjeron los mismos, se limitó a decir que esas explicaciones habría que pedírselas a los testigos y no a él. Pues bien aparte de que sus declaraciones resultan absolutamente contradictorias e insostenibles con la abrumadora prueba testifical y pericial medica que hemos ido reseñando, debemos añadir, que a pesar de que el mismo utilizó un tono bronco y que en algún momento podemos calificar de prepotente, como en la respuesta que acabamos de consignar más arriba, evidenció, en nuestro criterio, un deseo de narrar verdaderamente lo que había sucedido y que optó por reprimir. Observamos en algún momento el pesar y la lógica culpabilidad que de forma subrepticia parecía aceptar sobre todo cuando compareció en el acto del juicio su víctima. Sin embargo por las razones que fueran, no dejó traslucir compasión alguna por su víctima. Se emocionó cuando sus hermanos le abrazaron pero él ni tan siquiera, cuando al final del acto del Juicio Oral se dirigió al tribunal, asumió sus hechos pues de forma verdaderamente peculiar y contradictoria pidió perdón por las expresiones racistas que había podido emplear en el suceso por el que se le juzga sin ni tan siquiera referirse a la brutal agresión que había causado a la víctima y al calvario en el que su brutal agresión había sumido a Miwa Buene.

DUODÉCIMO.- Concorre en el delito de lesiones cometido por Roberto Alonso de la Varga la circunstancia agravante de la responsabilidad penal prevista en el artículo 22 número 4º del Código Penal. Dice la misma que concurre esta agravante “... *al 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 u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca...*”

La jurisprudencia que se ha elaborado en torno a esta circunstancia agravante, reciente, puesto que se estableció por primera vez en 1994, se ha centrado en exigir que para que la misma concorra en cualquier supuesto delictivo es preciso que figuren acreditados hechos que demuestren que la motivación que ha llevado al agresor a su realización ha tenido como causa la de la discriminación.

Esto implica que, en nuestro criterio, los elementos que definen a esta circunstancia agravante son:

1º) Que haya quedado claramente acreditado, que la persona agredida forma parte de un grupo, o de un colectivo que podemos calificar como minoritario, no coincidente con la mayoría social y por lo menos en parte rechazado por está y que objetivamente pueda ser objeto de discriminación.

2º) Que se acredite objetivamente que en el hecho ilícito que se juzga existan elementos que exterioricen el desprecio por la minoría afectada,

3º) Que en el hecho ilícito al que se aplica la agravante no aparezcan otras justificaciones que puedan explicar por sí misma la motivación de la

actividad ilícita, o que apareciendo, no sean determinantes precisamente del acto ilícito.

Así en el caso que nos ocupa en el que la actividad ilícita de la que se trata es la brutal agresión que ya hemos relatado y calificado, es fundamental analizar si se dan estos tres requisitos que hemos deducido del análisis de la jurisprudencia que hemos estudiado del Tribunal Supremo, y de sentencias de las Audiencias Provinciales.

En primer lugar vemos que efectivamente Miwa Buene es una persona de piel negra, ciudadano procedente de la República del Congo y que se encontraba en España en condición de emigrante. En segundo lugar quedó clarísimamente acreditado, tanto por las declaraciones de la víctima como por las de los testigos presenciales y por las de los agentes de la policía que concurren en primer lugar en lugar de los hechos y que detuvieron a Roberto, que éste efectuó, durante la ejecución del acto ilícito, todo un conjunto de expresiones que no pueden calificarse nada más que como puramente racistas. Roberto comenzó insultando a Miwa llamándole "negro hijo de puta", "negro de mierda" y "mono". A estos insultos añadió expresiones que son también insultos, pero que además son explicativas del por qué de los insultos y que indican, según la expresión verbal del acusado en aquel momento un desprecio y una falta de consideración a la persona del emigrante negro, pues solo así se pueden entender las afirmaciones de Roberto de que, una persona de raza negra, nacida en un país africano y emigrante no debía estar en España, pues su verdadero sitio solo sería en un jardín zoológico donde estuviera con otros monos como él. Además y, esto también lo consideramos importante, precisamente para valorar cuál era la causa por la que Roberto agredió a Miwa, ya consumada la agresión, Roberto pidió explicaciones a los policías del por qué se preocuparan tanto por el solo hecho *"de que le hubieran dado una hostia a un negro o un moreno"*

Para concluir en el análisis de los epítetos verbales que acompañaron y que siguieron a la agresión de Roberto a Miwa éstos eran claramente indicativos del rechazo al colectivo al que pertenece este por el único motivo de, su color, su raza y condición social.

Finalmente y, en tercer lugar, quedó acreditado en el acto de este Juicio Oral que la única razón por la que Roberto agredió a Miwa fue precisamente porque éste era una persona de raza negra africana y emigrante en España. La jurisprudencia como ya hemos adelantado más arriba ha reconocido en algunas sentencias como la procedente de la Audiencia de Barcelona que no procedía esta agravante cuando la agresión aunque se dirigiera a personas que conformaban una minoría vulnerable en el sentido descriptivo de este número 4º del artículo 22 del Código Penal tuviera una motivación diferente como por ejemplo la de la venganza. Así en los casos en los que la motivación del acto ilícito responde a venganza, amenaza, satisfacción sexual, extorsión o ánimo de lucro puede no resultar aplicable esta circunstancia agravante.

Pero es que precisamente en este caso como ya hemos dicho antes

nadie ha, ni tan siquiera, insinuado que hubiera otro motivo que no fuera el de vejar o molestar y finalmente lesionar a una persona negra, africana e inmigrante. Tan es así que consideramos que la propia petición de tabaco y de fuego que Roberto dirigió a Miwa era un mero pretexto para insultarle y en el que probablemente la respuesta inteligente y moderada del propio Miwa fue un elemento determinante y desencadenante de la agresividad y de la falta de control de la ira de Roberto.

No creemos que verdaderamente Roberto le pidiera tabaco y fuego porque lo necesitara. Él contestó en el acto del Juicio Oral a las preguntas que le dirigió el Ministerio Fiscal diciendo rotundamente que él no fumaba, aunque efectivamente nada más decir con esta rotundidad que no fumaba añadió las palabras "apenas". Es decir, si efectivamente Roberto no acostumbra a fumar, esto desde luego parece indicar que desde el mismo momento que se dirigió a Miwa ya buscaba zaherirle insultándole por su condición de raza procedencia y estatus social. Pero aún en el caso de que no se tratará de un pretexto la petición de fuego y de tabaco que hizo Roberto a Miwa, los insultos con los que Roberto contestó a Miwa no tienen otra explicación que la de vituperar su pertenencia a la minoría que hemos descrito más arriba.

DECIMOTERCERO.- El Letrado de la defensa de Roberto combatió con insistencia, en el acto de su informe, la aplicación de esta agravante. En los interrogatorios que dirigió a los testigos presenciales así como a los que él mismo propuso se centró en demostrar que Roberto, en absoluto, tenía actitud racista de ninguna índole. Así, comparecieron dos de sus hermanos a hablarnos de la actitud liberal y tolerante de Roberto y de como el hermano mayor de todos ellos es homosexual y todos lo aceptan con naturalidad y tolerancia. También comparecieron como testigo de la defensa José López Benet amigo de Roberto, cuya madre nos dijo era de color y procedente de Guinea Ecuatorial, con la que Roberto había tenido mucho trato y había compartido comidas así como Juan Felipe Rodríguez, persona de raza negra procedente de Colombia y quien dijo ser amigo de Roberto y que trabajaba como portero de discoteca en un After (que él llamó amanecerero). Pues bien, y sin perjuicio de algunas consideraciones que pudimos apreciar sobre lo que creemos que puede ser el ambiente familiar en el que se ha desarrollado la personalidad de Roberto, debemos precisar antes de nada que la circunstancia agravante de racismo puede concurrir por un mero hecho de carácter racista, sin que desde luego sea preciso que exista una actitud permanente de encuadramiento en una estructura ideológica o en grupos organizativos de la misma, que defiendan la discriminación por la raza, como sin duda son los movimientos fascistas y nazis. Además el que una persona, en concreto, puede tener en un momento determinado un comportamiento racista en relación con la raza negra, no está reñido con que pueda tener buena relación con otras personas de esa misma raza. El acto de motivación racista se configura por la actitud de menosprecio, desconsideración y humillación que se dirige contra la persona que forma parte de esa minoría cuando se la insulta y se la golpea por el solo hecho de pertenecer a esa minoría.

Así aunque puede resultar sorprendente que una persona que tiene una buena amistad con una persona de raza negra pueda en un momento concreto efectuar un acto racista como el que cometió Roberto, esto no quiere decir otra cosa que dentro de las estructuras ideológicas y vitales en las que se conforma nuestra personalidad hay latente esa expresión despreciativa y que la misma puede surgir en un momento de frustración, rabia o inhibición, producido quizá por haber bebido demasiado, por estar toda una noche sin dormir de bar en bar o por haber sufrido la más pequeña humillación que pudo ser consecuencia de la respuesta inteligente de Miwa o cualquier otra circunstancia que si sucedió, la defensa no intento ni siquiera acreditarla. Curiosamente, en las bien intencionadas explicaciones que la testigo Rocío, hermana de Roberto, nos dijo respecto a la consideración que le merecía su hermano mayor pudimos comprobar precisamente esta cuestión. Cuando nos intentaba explicar su tolerancia hablando de la homosexualidad de su hermano se le escapó, seguramente de una forma inconsciente, el confesar la vergüenza que le daba reconocer que su hermano era homosexual utilizó precisamente el término que se usa habitualmente despreciativo para los homosexuales varones de "maricón".

DECIMOCUARTO.- Concorre también en la actitud de Roberto la circunstancia agravante de alevosía que recoge el número 2 del artículo 22 del Código Penal. Dice el Código Penal:

"...Hay alevosía 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."

Define la doctrina la alevosía sorpresiva como *"aquella que se caracteriza por tener lugar un ataque ex improvisu, es decir, por desencadenarse un ataque de forma sorpresiva, repentina e inesperadamente, de forma fulgurante e imprevisto por el sujeto pasivo que no permite a la víctima reaccionar ni eludir el golpe, estando la víctima de espaldas o de frente, caracterizándose con frecuencia por cuanto el agresor aun cuando no se oculta físicamente, sin embargo no deja traslucir sus intenciones hasta el momento en que despliega su agresión, concurriendo generalmente un lapso de tiempo mínimo entre el pensamiento concreto y la ejecución, de suerte que estando totalmente desprevenido el ofendido, éste no espera aquella agresión a su integridad corporal y, por tanto, impide toda preservación o el intento defensivo más elemental "*

El Tribunal Supremo tiene una importantísima jurisprudencia coincidente con las expresiones doctrinales que acabamos de consignar más arriba que permiten que pueda apreciarse sin ninguna duda la alevosía sorpresiva aunque haya habido una discusión previa entre el agresor y al agredido y hasta cuando haya existido no solamente una agresión sino una pelea previa.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la Sentencia

de esta Sala del Rollo del Procedimiento de Jurado 1/ 2006, aplicando la insolencia sorpresiva a un supuesto en el que la víctima, en el desarrollo de una pelea con su agresor, le había causado una importante lesión. A continuación recogemos alguna de las decisiones jurisprudenciales del Tribunal Supremo en que se baso esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de julio de 2007. Pero ya adelantamos que al recurrir en ese caso, el acusado al Tribunal Supremo se dictó auto de 14 de mayo de 2008 en el que se afirman algunas expresiones que consideramos de trascendente para esclarecer la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la concurrencia de la alevosía en agresiones que pueden producirse en el seno de una discusión o pelea entre el agresor y su víctima. Dijo el Tribunal Supremo que....” *respecto a la adecuación de la calificación jurídica efectuada en apelación, la jurisprudencia de esta Sala es pacífica al considerar que una de las modalidades de ataque alevoso es el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable cuando, aún habiendo mediado un enfrentamiento o una riña mutuamente aceptada se produce un cambio cualitativo en la situación de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho (Sentencias 1032/2006 y 1145/2006, entre otras muchas) partiendo de dicha premisa y atendiéndonos a las particularidades del cauce casacional elegido, tal como se describen los hechos en la sentencia la reacción del recurrente ante el puñetazo que le propinó la víctima fue la de sacar inmediatamente y de forma absolutamente sorpresiva una navaja que llevaba en el bolsillo y con el propósito de acabar con su vida clavársela por dos veces al perjudicado, quien aunque esperaba la reacción a su puñetazo no pudo prever que José Manuel Mercedes utilizara una navaja, lo que supone un salto cualitativo muy relevante respecto de la situación anterior. De esa forma la acción final del recurrente extrayendo la navaja fue sorpresiva para la víctima tanto desde el punto de vista de la rapidez en la ejecución como respecto a su relación con lo anteriormente ocurrido pues la situación no había alcanzado un nivel de agresividad quisiera esperable de esta clase de acción. Ese carácter sorpresivo la convierte en una agresión a traición que influye en las posibilidades de defensa de la víctima tendiendo a su anulación. Dadas las características de su acto no puede negarse que el acusado conocía que esa acción sorpresiva tendía anular las posibilidades de defensa no sólo por el arma empleada, sino especialmente por la forma en que se utilizó por lo que resulta adecuada subsunción en el ámbito de la alevosía.”*

Planteó también esta misma acusación particular y de forma alternativa la agravante de abuso de superioridad. El carácter alternativa de la misma a la de la alevosía hace innecesaria la fundamentación de su rechazo.

DECIMOQUINTO.- Pues bien, estimamos que en el hecho cometido por Roberto concurre la circunstancia de la alevosía con la

que ha calificado la Letrada de la Acusación Particular, representando la asociación "Movimiento contra la Intolerancia" y todo esto por la siguiente razones: Miwa en su declaración nos explicó que cuando él recibió el golpe, él había comenzado ya a girarse. Miwa se giraba porque quería irse y no quería continuar la discusión con Roberto. El golpe se produjo efectivamente en la mejilla izquierda en su parte inferior, que linda con el cuello, alcanzando las tres vértebras y produciéndose la luxación más fuerte en la vértebra C4 que es la que se encuentra naturalmente más cerca del rostro. Hemos precisado en nuestra declaración de hechos probados el lugar en el que creemos que se produjo el golpe. Nos hemos basado, para establecer esa conclusión fáctica, sobre todo en las explicaciones que nos facilitaron los informes médicos sobre cómo se produjo la lesión, y sus características. Pero también hemos tenido en cuenta la manifestación del único testigo presencial del golpe. En el acto del juicio ese testigo se llevó la mano a esa parte de la cara para escenificar el lugar en que él había percibido que Roberto había pegado a Miwa.

Miwa nos dijo que había sentido el golpe en la nuca, en nuestro criterio la intensidad del golpe, probablemente con el canto de la mano, se produjo en el final del lado izquierdo del rostro y en el comienzo del cuello. Naturalmente Miwa tuvo que sentir el dolor de la fractura de la vértebra, donde se ubica; en la nuca. No nos cabe duda, por tanto, que en el momento en el que se produce el golpe Miwa no lo espera. Nos dijo en el acto del juicio que no vio que Roberto levantará la mano contra él porque estaba girado, y así tuvo que ser, pues si Miwa no hubiera estado girado o por lo menos comenzando a girarse, es evidente que, por propio instinto, hubiera intentado parar o atenuar el golpe con la mano o con el brazo. Además Miwa nos dijo y, eso lo confirmaron los dos testigos presenciales de la discusión, que en el transcurso de la discusión previa no hubo ni el más mínimo atisbo de contacto físico, tan habitual en las discusiones, que supone que los contendientes se sujetan, zarandean o simplemente levantan la mano de alguna forma.

Aunque el testigo presencial nos dijo que cuando Roberto golpeó a Miwa, ambos estaban enfrentados, creemos que esto no es exacto. El testigo los vio a unos 20 ó 30 m. entró revender desde su visión se les veía enfrentados. Consideramos que en el momento en que Roberto golpea a Miwa, este había comenzado a girarse. El segundo de los testigos presenciales, confirmó que momentos antes de producirse la agresión Miwa estaba marchándose o queriendo marcharse. Si hubieran estado totalmente enfrentados el golpe hubiera impactado en la parte central de la cara (en la nariz, en la boca, en la frente) pero no en la parte posterior de la cara y el comienzo del cuello. Así y, sin perjuicio de que el hecho de que los contendientes en una riña se encuentren enfrentados (lo que no quiere decir que uno de ellos se hubiera comenzado a girar) , no descarta la actitud alevosa, tal y como hemos podido ver en el contenido doctrinal de la Sentencia citada del Tribunal Supremo. En todo caso recalcamos no consideramos que en este caso cuando Roberto agredió a Miwa estuviera este ultimo absolutamente de frente a su agresor. Miwa se había girado y ese movimiento le impidió ver la trayectoria del golpe que le dirigió Roberto

En todo caso y en lo que para nosotros es importante para determinar la circunstancia agravante de la alevosía cuando Miwa recibió el brutal golpe que le fracturó las vértebras del cuello no lo esperaba y en modo alguno pudo defenderse. La alevosía sorpresiva como hemos analizado más arriba define la situación de indefensión en que se encuentra la víctima cuando es absolutamente sorprendido por el agresor quien, con su acto, impide la defensa de la respuesta del agredido. Esto fue exactamente lo que sucedió desgraciadamente, la mañana del 10 de febrero del año 2007. Miwa fue sorprendido con un brutal golpe que le desplomó en el suelo, que su agresor le propinó de forma inesperada cuando él al girarse pretendía poner fin a la discusión. Nos encontramos por tanto con un supuesto claro de un delito de lesiones en el que también ocurre la agravante de alevosía.

DECIMOSEXTO.- No concurren por el contrario en la acción de Roberto ningún tipo de circunstancias atenuante. El mismo nos dijo que podía haber bebido algo más de lo habitual pero en absoluto que se encontrara ebrio. El Letrado de la defensa de Roberto en su calificación alternativa describió los hechos diciendo que Roberto había bebido moderadamente. Alguno de los testigos presenciales si nos dijeron que le encontraban extraordinariamente agresivo y que achacaban ese comportamiento a que hubiera podido tomar algún tipo de sustancia que potenciara esa enorme agresividad. Una noche entera de bares en la que lógicamente se ha bebido puede efectivamente comportar esa situación percibida por alguno de los testigos de desinhibición a la que nos hemos referido más arriba, pero la misma no ha sido acreditada ni tan siquiera explicada por el acusado. De ahí que, solo con lo que nos ha manifestado alguno de los testigos, no podemos calificar esa conducta en ninguna de las atenuantes que se describen en el artículo 21 del Código Penal. El Letrado de la defensa propuso las atenuantes 1 y 2 del artículo 21 del Código Penal en relación con la eximente prevista en el número 2 del artículo 20 del Código Penal por entender aplicable dichas atenuantes a un consumo moderado de alcohol. Pues bien efectivamente el consumo moderado de alcohol no produce los efectos que definen los números 1 y 2 del artículo 21 del Código Penal.

DECIMOSEPTIMO.- Como consecuencia de las dos agravantes que concurren en la acción de Roberto y por las características que a continuación vamos a explicar, tanto del delito cometido como de las propias circunstancias personales del acusado hemos realizado la individualización de la pena, conforme prescribe el artículo 66 del Código Penal y hemos decidido imponerle la pena de 10 años de prisión. El delito cometido ha causado un daño inmenso a su víctima. La tetraplejía es una terrible condena del ser humano. Sabemos que en este caso y en varias ocasiones el propio Miwa ha deseado quitarse la vida y su actitud no es sorprendente. Todos conocemos los debates que se han producido en la sociedad respecto, precisamente, a enfermos que sufren esta terrible dolencia, cuando los mismos han expresado con claridad que preferían morir a seguir viviendo en esas condiciones. Pero además de que el delito verdaderamente ha causado un daño inmenso a un ser humano pacífico, tranquilo y enormemente valioso

con esposa e hijos pequeños que le necesitaban, la actitud de Roberto no ha expresado compasión alguna. Los testigos presenciales y los agentes de policía que comparecieron en lugar de los hechos nos explicaron cómo Roberto no sólo no acudió a auxiliar a Miwa cuando él comprobó que después de su agresión había caído al suelo y no se movía, sino que además reprochó a los agentes de policía que intervinieran y profirió amenazas a los testigos presenciales.

Además hemos tenido también en cuenta como ya decimos más arriba que Roberto dejó escapar la ocasión en el acto de este Juicio Oral de expresar algún tipo de compasión para su víctima. Pero aún así, debemos también tener en cuenta que el dolo que hemos apreciado en las actuación de Roberto ha sido dolo eventual y no directo y, debe de haber algún tipo de diferencia entre quien busca a propósito un resultado y quien causa ese resultado por admitir el peligro que su acto crea con absoluto desprecio, o los efectos que pueda ocasionar. Respecto a las circunstancias personales de Roberto, solamente sabemos lo que sus hermanos y amigos nos han dicho, que es tolerante y que es buen hermano, buen amigo y gran trabajador. Circunstancias éstas que probablemente y, en otro tipo de delito, podrían haber ayudado a individualizar de una forma más suave la pena que le imponemos pero que en este caso no nos lo aconseja. La pena privativa de libertad tiene dos grandes cometidos uno es el elemento aleccionador social que significa el reproche por un acto delictivo que debe percibir la sociedad. Esto es lo que la doctrina penal llama la prevención general. Lo tenemos en cuenta, nos obliga el artículo 66 del Código Penal cuando, como acabamos de decir nos obliga, para individualizar la pena tener en cuenta las características del delito cometido. Consideramos adecuado que la sociedad conozca el reproche penal que merece este tipo de agresiones, pues a veces, observamos desde el Tribunal la trivialización que la sociedad atribuye a las agresiones físicas, olvidando quizá que a golpes también se puede matar a una persona o, como ha sucedido en este caso, dejarla tetrapléjico. Pero sobre todo en el proceso de individualización de la pena hemos tenido en cuenta la prevención especial que significa la pena privativa de libertad y que no es otra cosa que el castigo individualizado que recibe el acusado por sus hechos y que según el artículo 25.2 de la Constitución Española tiene como finalidad esencial el modificar la actitud delictiva del condenado. Esta condena debe ser forzosamente una oportunidad para Roberto para que modifique la agresividad y la falta de humanidad que le ha llevado a cometer un daño tan grave a una persona inocente. Por ese motivo imponemos a Roberto la pena de 10 años de prisión. (Al imponerle esta pena sabemos y confiamos en que el sistema penitenciario le va a permitir si su conducta se modifica, la atenuación de la pena. Si Roberto asume el daño que ha causado y en consecuencia cambia su actitud y dedica, como está obligado, parte de su vida a intentar reparar el dolor de Miwa y de su familia estamos seguros de que su pena podrá ser atenuada).

DECIMO OCTAVO.- Responsabilidad Civil:

1. - Los artículos 109 y siguientes del Código Penal establecen que

un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios causados, mediante la restitución, la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios materiales y morales.

2. - Cálculo de la responsabilidad civil:

El lesionado don Miwa Monake Miwa deberá ser indemnizado por las lesiones padecidas y por el dolor que le produjo éstas durante su curación seguro padeció, así como por las secuelas que como consecuencia de los hechos enjuiciados le han quedado de forma definitiva.

Se toma como criterio meramente orientativo el Baremo establecido en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo nº 8/2004, de 29 de octubre) que, de aplicación obligada en supuestos de accidentes ocurridos con ocasión de la conducción de vehículos de motor, en delitos dolosos incrementamos en un 20%, tal como se acordó por la Junta de Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid que en fecha 29 de mayo de 2004 se reunió para unificación de criterios.

Aplicamos al efecto la actualización de las cantidades establecida por Resolución de 5 de febrero de 2010 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones vigente en la fecha del juicio conforme a la doctrina de la deuda valor.

2.1.- Las lesiones se indemnizan como incapacidad temporal:

- 1224 días de curación impeditivos con estancia hospitalaria (hasta el día 17 de junio de 2010, última sesión del juicio oral) x 66 Euros = 80.784 euros

Factor de corrección por perjuicios económicos + 10% (Tabla V, B) = 88.862,4;

Total indemnización por lesiones temporales= 88.862,40 euros

2. 2.- Las secuelas o lesiones permanentes se indemnizan conforme al referido Baremo, según previsión de las Tablas III, IV y VI:

- * Tetraplejía (Capítulo 6 de la tabla VI) Puntuación prevista en la Tabla VI: 100 puntos;

Trastorno depresivo mayor severo: 10 puntos;

La norma Segunda de "Explicación del sistema" establece que "en cualquier caso, la última puntuación no podrá ser superior a 100 puntos".

100 puntos x 2709,06 Euros/punto = 270.906 euros

2.3.- Factores de corrección conforme a la Tabla IV:

- Perjuicios económicos ("para cualquier víctima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos"): + 10%

$270906 + 10\% = 297.996,6$ euros;

- Daños morales complementarios ("Se entenderán ocasionados cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos. Sólo en estos casos será aplicable) = 88.063,51 euros;

•Grandes inválidos: "Personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejías, paraplejías, estados de coma vigil o vegetativos crónicos, importantes secuelas neurológicas o neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, etc.): Necesidad de ayuda de otra persona: Ponderando la edad de la víctima y grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida. Se asimilan a esta prestación el coste de la asistencia en los casos de estados de coma vigil o vegetativos crónicos = 352.254,05 euros;

•Adecuación de la vivienda = 88.063,51 euros;

•Perjuicios morales de familiares: "Destinados a familiares próximos al incapacitado en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada = 132.095,27 euros;

Total indemnización por Lesiones Permanentes con factores de corrección: 958.472,94 euros

2.4.- Total indemnización conforme al Baremo citado (repetimos, que aplicamos con carácter orientativo):

$88862,4 + 958472,94 = 1047335,34$ euros

2.5.- Criterio de aumento por ser la responsabilidad civil consecuencia de una acción dolosa del acusado y no imprudente conforme al Acuerdo de las Secciones Penales de esta Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo de 2004 + 20 %

* $1047335,34 + 20\% = 1.256.802,408 = 1.256.802,41$ euros.

2.6.- Teniendo en cuenta que el Baremo utilizado para los anteriores cálculos no indemniza todas las lesiones sufridas por don Miwa Buene (véase el límite de los 100 puntos) ni se prevé en la Tabla VI del Baremo el trastorno sicótico también apreciado, consideramos que la cantidad de 1.573.779,86 euros reclamado por la representación del perjudicado don Miwa Buene Monake se ajusta a una mínima indemnización a tan graves consecuencias.

DECIMO NOVENO.- Roberto pagara todas las costas de este juicio incluidas las de las acusaciones particular y popular. Ésta, el Movimiento contra la Intolerancia, ha tenido un papel relevante en el desarrollo de la

acusación y ha ayudado desde que compareció en este procedimiento a su correcto enjuiciamiento.

En consecuencia,

FALLAMOS: Condenamos a Roberto A. como autor responsable del **delito de lesiones** previsto en el artículo 149 del Código Penal, con la concurrencia de las agravantes de discriminación racista y alevosía **a la pena de 10 años de prisión** con la accesoria de inhabilitación absoluta para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y a que abone a Miwa Buene Monake, como **responsabilidad civil**, la cantidad de **un millón quinientos setenta y tres mil setecientos setenta y nueve euros con ochenta y seis céntimos** (1.573.779,86 €) así como todas las **costas** de este juicio, incluidas las de la acusación popular y particular.

Para el cumplimiento de la pena impuesta, será de abono al condenado la totalidad del tiempo que permaneció privado de libertad cautelarmente por esta causa.

Notifíquese esta Sentencia al condenado, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, **haciéndoles saber que contra la misma solo cabe RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, debiéndose anunciar ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación.**

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

PUBLICACION.- Leída y publicada la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la firma, estando celebrando Audiencia Pública en el día cinco de julio de dos mil diez, de lo que doy fe.