



Roj: **STSJ PV 367/2020 - ECLI:ES:TSJPV:2020:367**

Id Cendoj: **48020310012020100051**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **30/07/2020**

Nº de Recurso: **50/2020**

Nº de Resolución: **45/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 3363/2019,**  
**STSJ PV 367/2020**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

**EAEko AUZITEGI NAGUSIA**

**ZIBILEKO ETA ZIGOR-ARLOKO SALA**

**BILBAO**

BARROETA ALDAMAR, 10-1ª planta - C.P./PK: 48001

**TEL.:** 94-4016654 **FAX:** 94-4016997

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: [tsj.salacivilpenal@justizia.eus](mailto:tsj.salacivilpenal@justizia.eus) / [an.zibilzigorsala@justizia.eus](mailto:an.zibilzigorsala@justizia.eus)

NIG PV / IZO EAE: 48.04.1-17/015174

NIG CGPJ / IZO BJKN: 48020.43.2-2017/0015174

**Rollo apelación penal/ Zigor-arloko apelazioko erroilua 50/2020**

**ILMO. SR. MAGISTRADO EN FUNCIONES:**

**D. ROBERTO SAIZ FERNÁNDEZ**

**ILMO. SR. MAGISTRADO :**

D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ

ILMO. SR. MAGISTRADO :

**D. FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL**

En Bilbao, a treinta de julio de dos mil veinte.

La Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, integrada por los Magistrados arriba indicados, en el Rollo apelación penal 50/2020 en virtud de las facultades que le han sido dadas por la Constitución y en nombre del Rey, ha pronunciado la siguiente

**S E N T E N C I A N.º 45/2020**

En el recurso de apelación interpuesto por el procurador **D. JAVIER ORTEGA AZPITARTE**, en nombre y representación de Borja, bajo la dirección letrada de **D. ANDER SAGARDUY CLARO**, contra sentencia de fecha 26 de noviembre de 2019, dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia. Sección Segunda en el Rollo penal abreviado 5/2019, por el delito de Lesiones.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. **D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ**, quien expresa el criterio de la Sala.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial de Bizkaia. Sección Segunda dictó con fecha 26.11.19 sentencia cuyo fallo dice textualmente:

" **PRIMERO.- Condenar a Clemente** como autor de un delito leve de maltrato a la pena de **MULTA DE CUARENTA Y CINCO DÍAS**, a razón de **5 € la cuota diaria**, con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas y abono de costas.

En concepto de **responsabilidad civil**, indemnizará a *Cristobal*, en la cantidad en la que se tase en fase ejecución de sentencia, el polo dañado, con los intereses del artº 576 LEC .

**SEGUNDO.- Condenar a Domingo** como autor de un delito leve de lesiones a la pena de **MULTA DE UN MES**, a razón de **8 € la cuota diaria**, con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas y abono de costas.

En concepto de **responsabilidad civil**, indemnizará a *Clemente* (conjunta y solidariamente con *Eliseo*) en la cantidad de 210 € con los intereses del artº 576 LEC .

**TERCERO.- Condenar a Borja** como autor de un delito de lesiones a la pena de **UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN**, inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y abono de costas.

En concepto de **responsabilidad civil**, indemnizará a *Domingo*, en la cantidad en la cantidad total de 880 € con los intereses del artº 576 LEC .

**CUARTO.- Absolver a Domingo, Eliseo, Gaspar, Jeronimo y a Justino del delito leve de lesiones por concurrir causa de justificación**, declarando las costas de oficio. Asimismo, **absolver a Cristobal del delito leve de lesiones por falta de acusación**.

**QUINTO.- Condenar a Eliseo** como autor de un delito de lesiones a la pena de **UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN**, inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y abono de costas.

En concepto de **responsabilidad civil**, indemnizará a *Borja*, en la cantidad total de 2.060 € con los intereses del artº 576 LEC .

**SEXTO.- Condenar a Eliseo** como autor de un delito leve de lesiones a la pena **MULTA DE CUARENTA Y CINCO DÍAS**, a razón de **8 € la cuota diaria**, con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas y abono de costas.

En concepto de **responsabilidad civil**, nos remitimos al extremo segundo de este fallo.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de **APELACIÓN** ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ( artículo 846 ter de la LECr).

El recurso se interpondrá por medio de escrito, autorizado por abogado/a y procurador/a, presentado en este Tribunal en el plazo de **DIEZ DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de su notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

y en la que constan como hechos probados :

**ÚNICO.-** Son hechos probados y así se declara, que sobre la **01:30 horas del día 23 de septiembre de 2017**, *Clemente*, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y *Borja*, mayor de edad y sin antecedentes penales, en compañía de otro varón, *Olegario*, se dirigieron a la discoteca *Back&Stage* sita en el Paseo de Uribitarte nº 8 de Bilbao, llegando hasta allí a bordo de un vehículo *BMW* que aparcaron enfrente del citado establecimiento.

Que dirigiéndose a la puerta del *Back*, donde se encontraban controlando el acceso *Cristobal* y *Gaspar*, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales y junto a ellos *Rodolfo* -responsable de la lista de invitados a una fiesta de estudiantes de *Erasmus*, que se estaba desarrollando en su interior- les dijeron que el aforo estaba completo y que no podían entrar, iniciándose una discusión.

A) En el transcurso de dicha discusión, *Clemente* agarró de la pechera del polo y zarandéo a *Cristobal*, quien lo apartó de sí.

A consecuencia de estos hechos, no ha quedado acreditado que *Cristobal* sufriera lesión, resultando rasgada la prenda superior que vestía, por la que reclama.



B) Avisados por walkie-talkie los porteros que estaban en la otra entrada, acudieron al lugar y entre ellos, Domingo , mayor de edad y sin antecedentes penales, quien propinó un puñetazo a Clemente , llevándolo hasta una puerta de garaje contigua que se halla entre las dos entradas de la discoteca, donde intercambiaron golpes.

A consecuencia de estos hechos y de otros que luego se relatarán, Clemente sufrió lesiones consistentes en policonusiones que solo precisaron de la primera asistencia facultativa, invirtiendo en su curación un total de siete días no impeditivos para sus ocupaciones habituales, reclamando.

C) Por su parte, Borja se dirigió al vehículo BMW en el que había llegado y cogió de su interior un amortiguador de cierre de maletero que blandió de forma agresiva frente a los porteros allí presentes -además de Cristobal y Domingo , Eliseo , Jeronimo , ambos mayores de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, Gaspar y Justino , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales- quienes temiendo un ataque inminente de aquel y en aras a evitarlo y protegerse, cogiendo objetos que había en el lugar como vallas separadoras de colas o una escalera, lo cercaron con dicha pretensión, mientras sus amigos Olegario y Clemente se ponían en medio.

En esta tesitura, Domingo , portando un objeto duro cuyas características no han quedado acreditadas, golpeó a Borja con el fin de desarmarle, impactándole en el tórax, girándose éste y golpeando a aquel con el amortiguador en la frente.

A continuación, el resto de los encausados golpearon a Borja con el fin de desarmarle y reducirle, causándole hematomas por todo el cuerpo que no precisaron tratamiento médico.

A consecuencia de estos hechos, Domingo sufrió lesiones consistentes en herida incisa en la frente, contusión en la mano izquierda y dolor cervical, que requirieron una única asistencia facultativa con sutura de la herida, invirtiendo en su curación ocho días de los cuales dos, fueron impeditivos para sus ocupaciones habituales y residuando como secuela una cicatriz de 4 cm oblicua en región frontal apenas perceptible.

D) Desarmado Borja , concluidos los hechos relatados en el epígrafe anterior, Eliseo le propinó un puñetazo en la cara que lo arrojó contra la pared en la que estaba apoyado, rebotando la cabeza en ella.

A consecuencia de estos hechos y los del apartado C) Borja sufrió lesiones consistentes en hemorragia subconjuntival, hematoma palpebral inferior y heridas incisas en la cara y en el cuero cabelludo, así como hematomas en todo el cuerpo, lesiones que requirieron para su curación además de una única asistencia facultativa, sutura de las heridas, invirtiendo en su curación un total de catorce días de los cuales dos fueron impeditivos para sus ocupaciones habituales, residuando como secuelas una cicatriz en la región malar izquierda (sobre reborde orbitario) de trazo fino de 2 cm, apenas perceptible y una cicatriz de 4 cm en la región parietal izquierda, cubierta por el cabello.

E) Entre tanto, Clemente también fue al coche, de donde cogió un destornillador y una llave de ruedas, siendo interceptado e inmovilizado por Celestino , logrando que soltara el destornillador. Y estando Clemente ya inmovilizado, Eliseo le propinó un puñetazo en el costado y dos en la cara.

A consecuencia de estos hechos y de los descritos en el apartado B), Clemente sufrió policonusiones.

No ha quedado acreditado que la agresión sufrida por Borja estuviera motivado por su raza, procedencia o religión.

No ha quedado acreditada la necesidad del tratamiento rehabilitador que siguió Borja .".

**SEGUNDO.-** Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación la representación de en base a los motivos que en el correspondiente escrito se indican y que serán objeto del fondo del recurso.

**TERCERO.-** Elevados los autos a esta Sala, se dio traslado de los mismos al Magistrado Ponente a los efectos de resolver sobre celebración de vista y, en su caso, sobre admisión de la prueba propuesta.

**CUARTO.-** Al no estimarse necesaria la celebración de vista, quedaron los autos vistos para sentencia.

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

## HECHOS PROBADOS

Se aceptan los de la sentencia apelada con la excepción de los consignados en el párrafo segundo de la letra C), que se sustituyen por los siguientes:

En esta tesitura, Clemente , portando un objeto duro cuyas características no han quedado acreditadas, golpeó a Borja con el fin de desarmarle, impactándole en el tórax, girándose Borja con el brazo derecho extendido con el que golpeó al girar al Sr. Domingo , quien resultó ligeramente desplazado recibiendo, en ese

mismo momento, por su lado izquierdo, el impacto de una escalera metálica cuando la persona que la portaba intentaba golpear con ella a Borja .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso de apelación interpuesto por Borja plantea cinco motivos de impugnación.

**SEGUNDO.-** El motivo primero se encabeza con la siguiente fórmula: "Error en la valoración de la prueba practicada y obrante en autos, y vulneración del principio de presunción de inocencia, respecto a los hechos por los que ha sido condenado D. Borja ".

**2.1** Lo que se alega en el motivo, dicho en breve, es que el visionado de la grabación obtenida de las redes sociales permite apreciar, sin género de duda, que la herida que presenta Domingo fue causada por su compañero Cristobal al darle con la escalera metálica con la que intentaba golpear a Borja y que, por lo tanto, no se la produjo este al agredirle con el objeto que portaba; y que dar por acreditado que fue Borja el causante de la lesión en base a las meras manifestaciones del lesionado y a las de Jeronimo , cuando ese momento consta grabado, resulta a todas luces contrario a derecho, vulnera las normas de valoración de la prueba y supone un quebranto flagrante del principio de presunción de inocencia.

**2.2** En relación con la lesión sufrida por el Sr. Domingo la noche de autos, consistente en una herida incisa en la frente que precisó sutura, la Audiencia señala que en el juicio oral tan solo se discutió su autoría y que sobre la misma se confrontaron dos hipótesis: (i) la del Fiscal, atribuyendo su causación a Borja "[...] en el momento en que, golpeado por el Sr. Domingo cuando blandía el amortiguador con lo que dijo que eran unos posters enrollados, aquel le devolvió el golpe con dicha pieza de automóvil" y (ii) la de la **defensa** de Borja que sostiene que su defendido "[...] en aquel episodio [...] impactó al otro [al Sr. Domingo ] con el brazo y que la herida en la cabeza se la produjo de forma accidental inmediatamente después su compañero Cristobal , cuando esgrimiendo una escalera fue a golpear al propio Borja ".

De las dos versiones en pugna, la Audiencia asume la del Fiscal al considerar: (i) por un lado, que las grabaciones del incidente "[...] no son determinantes por sí mismas para la resolución de esta cuestión" (ii) y por otro, que "[...] ello no impide formar la convicción en base al resto de la prueba [...], fundamentalmente personal, partiendo de la declaración de la propia víctima que siempre y desde el primer momento, ha sostenido que esa lesión se la produjo Borja ". Para la Audiencia "[...] que en ese momento inmediato a la agresión y con la conmoción inherente al golpe, el Sr. Domingo nunca haya dudado de quién, cómo y cuándo se le ocasionó la herida de autos, apunta a la autoría del Sr. Borja , que tuvo la ocasión y un instrumento idóneo para ello, no siendo desmentida aquella versión por la grabación referida más arriba, a lo que se suma lo manifestado por Jeronimo , quien admitiendo no haber visto el golpe, dijo que vio sangrar a Domingo después de que Borja se girara y él aprovechara para derribarle y quitarle la porra".

**2.3** La queja de la parte recurrente está justificada.

Hemos visionado la grabación contenida en el VID\_20170923\_WA0001 repetidas veces y fotograma a fotograma y lo que muestran las imágenes, por lo que ahora interesa, es lo siguiente: se ve a Borja blandir una barra negra alargada que agarra con su mano derecha y retroceder ante el avance de un grupo de personas que lo encaran y de las cuales una lleva agarrada una escalera metálica; a partir del segundo 16 se ve al Sr. Domingo , a la izquierda de la imagen, asiendo con su mano derecha una especie de barra blanca con la que se aproxima a Borja desde atrás y por su costado derecho; a continuación se ve al Sr. Domingo golpear a Borja con el objeto mencionado e intentar sujetarlo por detrás al tiempo que se echan sobre él las demás personas del grupo, incluida la que lleva la escalera metálica; se ve a Borja , con el brazo derecho extendido, girar hacia ese mismo lado y también cómo su brazo impacta al girar con el cuello del Sr. Domingo , quien resulta ligeramente desplazado recibiendo, en ese mismo momento, por su lado izquierdo el impacto de la escalera metálica cuando la persona que la agarra intenta golpear a Borja .

Por lo que acabamos de señalar, entendemos, al contrario que la Audiencia, que el resultado de esta prueba resulta determinante. La posición del Sr. Domingo , cuando Borja , tras ser golpeado por aquel con el objeto que portaba, se gira bruscamente con el brazo derecho extendido, a su espalda y pegado a él intentando sujetarle, hace físicamente imposible que la lesión del Sr. Domingo se produjera al golpearle en ese momento Borja con el amortiguador que asía con su mano derecha. Por lo tanto, esa lesión, solo se pudo ocasionar, como señala la parte recurrente y corroboran las imágenes contenidas en la grabación, que vienen a darle la razón, al resultar el Sr. Domingo golpeado con la escalera metálica que portaba en el incidente uno de sus compañeros cuando lo que en realidad pretendía este era golpear con ella a Borja .

A lo anterior, aún se añade por otro lado, y en todo caso, la insuficiencia de la simple declaración del lesionado para derrotar la presunción de inocencia del acusado y atribuirle la autoría de la lesión. La seguridad del Sr.



Domingo a la hora de identificar a Borja como el causante de la lesión se explica al haber sido la persona con la que se enfrentó, pero no puede considerarse justificada ni merecedora de reconocimiento, pues los hechos, tal y como las imágenes ponen de manifiesto, se desarrollaron en segundos, con el desorden y confusión habitual en este tipo de altercados y con la participación activa y alborotada de una pluralidad de personas. De otra parte, su declaración no cuenta con ningún elemento externo y objetivo de corroboración. Los agentes NUM000 y NUM001 dicen lo que les dijo el Sr. Domingo. Nada más. Y lo mismo cabe decir de lo que se lee en la hoja de urgencias, dado que el facultativo del Hospital de Galdakao que la redactó, tras atender al Sr. Domingo, consignó en ella lo que este le dijo sobre el instrumento con el que se le causó la lesión. Finalmente, Jeronimo, como la misma sentencia refleja, reconoció no haber visto el golpe, sino tan solo sangrar al Sr. Domingo después de que Borja se girara y él aprovechara para derribarle y quitarle la porra, algo que es perfectamente posible, a la vista de la descripción de los hechos que hemos realizado a partir de las imágenes grabadas, asumiendo que la herida por la que sangraba se produjo al ser golpeado con la escalera.

El motivo primero se estima.

**TERCERO.-** El motivo segundo se encabeza con la siguiente fórmula: "Error en la valoración de la prueba practicada y obrante en autos, así como de la calificación de la calificación (sic) jurídica respecto a los hechos en los que ha participado Domingo, Eliseo, Gaspar, Jeronimo y Justino con resultado lesivo sobre Borja".

**3.1** Lo que se sostiene en este punto es que las lesiones que presenta Borja, incluidas las heridas inciso contusas en cara y cabeza, fueron causadas, al contrario de lo que sostiene la Audiencia (esta tan solo atribuye la autoría de las lesiones en cara y cabeza a Eliseo) por todos los acusados y que tan solo cabe establecer, en orden a su calificación jurídica, una diferenciación frente a Justino, dado que era el único que no portaba ningún objeto, a diferencia de los demás, que no solo lo portaban, sino que lo utilizaron para agredir a Borja, por lo que, mientras que aquel debe ser condenado como autor de un delito de lesiones del art. 147.1 CP, los demás deben serlo por un delito de lesiones del art. 148.1 en relación con el art. 147.1 CP.

**3.2** El artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), tras la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, señala, en su párrafo tercero, que: "Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada".

Y el artículo 792.2 añade que: "La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.

No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa".

En el presente caso, la parte recurrente nos pide que dictemos sentencia condenando a quien no condena la Audiencia. Pero eso es algo que no cabe hacer, dado que contravendría un imperativo legal que lo prohíbe clara y tajantemente. En este punto la sentencia de la Audiencia tan solo podría ser anulada. Pero la parte recurrente no ha solicitado su anulación. Y la posibilidad de que esta se declare de oficio pugna con la previsión del art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone, en su párrafo segundo, que: "En ningún caso podrá el Juzgado o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que aprecie falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiere producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal".

Es cierto, que el Tribunal Supremo ha señalado que esa disposición "[...] ha de entenderse no en un sentido estrictamente formal o ritual" y que "[...] cabe introducir dosis de flexibilidad" siendo factible la nulidad "[...] cuando esa sea la consecuencia natural o inevitablemente anudada a la pretensión impugnativa elevada, por más que el recurrente no acierte a expresar con claridad y formalmente los términos de la nulidad que materialmente sí solicita, aunque sea de manera implícita" (véase en este sentido la sentencia 277/2018, de 8 de junio que cita, a su vez, la 299/2013, de 27 de febrero).

Ya hemos visto lo que la ley exige para anular una sentencia absolutoria cuando la acusación alega error en la valoración de la prueba: será preciso justificar "insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica", "apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia" u "omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada". De lo que ya se sigue que lo que puede dar pie a la flexibilidad que preconiza la doctrina



jurisprudencial consignada no es la mera alegación de haberse incurrido en error en la valoración de la prueba, sino la debida expresión en el escrito de formalización del recurso de apelación de alguna de las circunstancias mencionadas y de las razones adecuadas para apreciarla.

La parte recurrente alega error en la valoración de la prueba, pero no argumenta en ningún momento "insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica", "apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia" u "omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada". Pese a depender de su justificación la anulación de la sentencia impugnada, ninguna de las circunstancias anteriores llega siquiera a ser aludida en el escrito de formalización del recurso de apelación, del que tampoco resulta posible inferir, por muy laxa y flexible que sea la interpretación que hagamos de su contenido, que lo materialmente perseguido, siquiera de manera implícita, por la parte recurrente, sea la nulidad de la sentencia apelada. Lo que nos obliga a concluir que no cabe aplicar la jurisprudencia mencionada y, consecuentemente, que no es posible encauzar, por la vía de la anulación, la solicitud de condena.

El motivo segundo se desestima.

**CUARTO.-** El motivo tercero se encabeza con la siguiente fórmula: "Indebida apreciación de circunstancias modificativas en las personas de Domingo , Gaspar , Eliseo , Jeronimo y Justino consistente en la aplicación de eximente completa de **legítima defensa** prevista en el artículo 20.4 del Código Penal".

**4.1** Se alega que en la acción llevada a cabo por Domingo , Gaspar , Eliseo , Jeronimo y Justino no concurren los requisitos exigidos por el artículo 20.4 CP (se cita por error al art. 22.2) ni los fijados sobre la **legítima defensa** por reiterada jurisprudencia, añadiéndose que consta debidamente acreditado el dolo con que los mismos han causado las lesiones a Borja . En base a lo anterior, se solicita el dictado de una sentencia condenatoria respecto a las lesiones causadas de manera conjunta a Borja por Domingo , Gaspar , Eliseo , Jeronimo y Justino .

**4.2** En la declaración de hechos probados de la sentencia apelada, la Audiencia consigna, bajo la letra C), las siguientes circunstancias: (i) Borja cogió del interior del vehículo en el que había llegado con sus amigos un amortiguador de maletero que blandió de forma agresiva frente a Cristobal , Domingo , Eliseo , Jeronimo , Gaspar y Justino ; (ii) estos, temiendo un ataque inminente de aquel y en aras a evitarlo y protegerse cogieron objetos que había en el lugar como vallas separadoras de colas o una escalera, cercándolo con dicha pretensión; (iii) en esta tesitura, Domingo , portando un objeto duro cuyas características no han quedado acreditadas golpeó a Borja con el fin de desarmarle, girándose este y golpeando a aquel con el amortiguador en la frente; (iv) a continuación, el resto de las personas mencionadas golpearon a Borja con el fin de desarmarle y reducirle, causándole hematomas por todo el cuerpo que no precisaron tratamiento médico.

Más adelante, en el fundamento de derecho tercero, la Audiencia argumenta sobre la eximente de **legítima defensa** en los siguientes términos: (i) hubo agresión ilegítima ante el riesgo de que se produjera un ataque inminente por parte de Borja que portaba un instrumento peligroso y se enfrentó a los porteros exhibiendo una actitud agresiva; (ii) los medios empleados para impedir la agresión fueron racionalmente necesarios para neutralizar al agresor, que de hecho alcanzó con el objeto que portaba a una de las personas que intentaba disuadirlo; aunque fueron varias las personas que intervinieron y estas emplearon objetos heterogéneos, debe tenerse en cuenta que Borja portaba un objeto contundente y de largo alcance por lo que solo podía ser parado o neutralizado con objetos de las características de los empleados, que fueron cogidos improvisadamente con ese fin; (iii) los defensores no habían provocado a Borja que fue quien primero cogió un objeto peligroso, el amortiguador con el que les amenazó, "armándose" el resto frente a esta acción.

**4.3** La parte recurrente, contrariamente: (i) niega la existencia de agresión ilegítima. Lo que se sostiene es que Borja esgrime la barra con la única intención de conseguir que cese la agresión sobre sus amigos, pero que en ningún momento hace ademán de golpear a nadie ni se enfrenta directamente a nadie, y que los porteros golpearon a sus amigos y los apartaron violentamente a fin de materializar una brutal paliza sobre Borja no con la intención de desarmarlo, sino de causar un grave daño a su integridad física, y que después de que Jeronimo lo desarmase continuó golpeándolo junto con los demás hasta dejarlo inmóvil en el suelo; (ii) afirma, respecto de los medios empleados para impedir la agresión, que esta se podía haber evitado con el simple cese por parte de los porteros en su conducta cuando los amigos de Borja se pusieron en medio para frenarles; que Borja no agredió a Domingo con el objeto que portaba, sino que fue Cristobal el que le golpeó con la escalera metálica; que los porteros les superaban en número, en fuerza y en objetos peligrosos; y que estos no cogieron los objetos que portaban improvisadamente con el fin de parar o neutralizar a Borja , sino con la pretensión de darle una brutal paliza; (iii) por último, en relación con la circunstancia de no haber provocado los defensores a quien les amenazaba, señala que la barra que portaba Borja se la quitó a Eliseo después



de que este, que fue el primero en sacar un objeto peligroso, le golpeará con ella, y que fueron los porteros los que con actitud desafiante y violenta se dirigieron hacia Borja, pese a que sus amigos intentaron frenarles.

**4.4** Aunque el motivo no está dotado de una fundamentación legal clara, su contenido alegatorio pone de manifiesto que su naturaleza no es solo y estrictamente jurídica, sino básica y esencialmente fáctica. El desacuerdo en la aplicación de la eximente tiene como razón principal la negación de las bases fácticas asentadas por la Audiencia en el histórico de la sentencia apelada para justificarla. Vertical y reconstructivamente, para la parte recurrente: (i) hay error de derecho por la indebida aplicación del art. 20.4 CP; (ii) el art. 20.4 CP no se puede aplicar, dado que no cabe proyectar la eximente de **legítima defensa** sobre los hechos acontecidos; (iii) estos hechos no son los que la Audiencia consigna erróneamente en el histórico de la sentencia apelada, especialmente los recogidos bajo la letra C), sino los que se arguyen en el recurso y ya hemos referido con anterioridad.

Se pone de manifiesto de esta forma, aunque la parte recurrente no lo haga explícito, que la base del motivo es el error en la valoración de la prueba y, más específicamente, el cometido por el tribunal sentenciador en relación con los presupuestos fácticos consignados en la declaración de hechos probados que le han servido de fundamento para aplicar la eximente y justificar la absolución, en relación con el delito de lesiones leve, de Domingo, Gaspar, Eliseo, Jerónimo y Justino, a los que, por lo que ya hemos razonado con anterioridad, no podemos condenar cuando el fundamento básico de la apelación es el error de hecho, no siendo el de derecho más que una consecuencia derivada del anterior, dado que en estos casos la sentencia solo puede ser anulada previa solicitud de parte que no ha tenido lugar (lo solicitado ha sido la condena), ni siquiera en forma implícita que permita al tribunal, sin actuar *contra legem*, encauzar por la vía de la nulidad la solicitud de condena.

El motivo tercero se rechaza.

**QUINTO.-** El motivo cuarto se encabeza con la siguiente fórmula: "Indebida valoración de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal alegada por esta parte consistente en la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad en las personas de Domingo, Gaspar, Eliseo, Jerónimo, y Justino respecto a la agresión cometida sobre Borja".

La desestimación del motivo anterior conlleva, necesaria e indefectiblemente, la de este.

Es axiomático que no se puede agravar una responsabilidad inexistente.

El motivo cuarto perece.

**SEXTO.-** En el motivo quinto, y último, cuestiona la parte recurrente lo que ha resuelto la Audiencia sobre la responsabilidad civil.

**6.1** En el motivo se plantean tres cuestiones: (i) en atención a la procedencia de un pronunciamiento condenatorio de los acusados Domingo, Eliseo, Gaspar, Jerónimo, y Justino, el deber de que todos ellos satisfagan, conjunta y solidariamente, la indemnización establecida, en concepto de responsabilidad civil, a favor de Borja; (ii) la procedencia de fijar el monto de dicha indemnización en la cantidad de 10.585,20 €, o subsidiariamente, de no considerarse el periodo requerido para la rehabilitación como periodo estabilizador, en la suma de 8.903,8 €; y (iii) la improcedencia de condenar a Borja a indemnizar al Sr. Domingo por la lesión que presenta en la frente al no ser el responsable de su causación.

**6.2** Como quiera que el pronunciamiento condenatorio de Domingo, Eliseo, Gaspar, Jerónimo, y Justino, al contrario de lo que considera la parte recurrente, no es procedente, tampoco lo es su condena al pago de la indemnización a la que, en concepto de responsabilidad civil, tiene derecho Borja.

Tampoco procede corregir la sentencia en lo relativo a la cuantía indemnizatoria establecida a favor de Borja. Por un lado, porque, como señala la Audiencia, apoyándose en lo informado al respecto por la forense, Sra. Demetrio, la rehabilitación seguida por Borja "[...] no fue prescrita por ningún médico [...] siendo preciso que el tratamiento médico o quirúrgico sea *necesario* para alcanzar la sanidad, lo que la citada forense no consideró", por lo que está plenamente justificada la decisión de la Audiencia no considerando la rehabilitación seguida por Borja parte del periodo de sanación. Y por otro lado, porque la cuantificación específica de la indemnización que fija el tribunal sentenciador, partiendo de una base de 30 y 50 € por cada día de estabilización lesional y de incapacidad, respectivamente, así como de dos cicatrices, una en la cara, pero apenas perceptible, y otra en la cabeza, más apreciable, pero cubierta por pelo, no resulta desproporcionadamente insuficiente ni tampoco susceptible de incluirse en alguno de los supuestos específicos que justifican su revisión, fundamentalmente, y siguiendo la doctrina establecida por la STS 203/2020, de 21 de mayo, para la casación, pero que también consideramos aplicable en la apelación: "[...] 1º) cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan



*indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los tribunales en supuestos análogos; 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo; y 7º) en los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente [...]"*.

Por el contrario, sí se debe considerar improcedente la condena de Borja a indemnizar al Sr. Domingo por la lesión que presenta en la frente, dado que, como ya hemos razonado, aquel no resulta responsable de su causación.

El motivo quinto se estima parcialmente.

**SÉPTIMO.-** Por lo anteriormente razonado procede estimar parcialmente el recurso de apelación y, en consecuencia, declarar de oficio las costas causadas por el mismo.

En atención a lo expuesto

## FALLAMOS

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Borja contra la sentencia nº 78/2019 dictada, el 26 de noviembre de 2019, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bizkaia y en este sentido REVOCAMOS la sentencia en lo que se refiere exclusivamente a la condena penal y civil impuesta al recurrente en el apartado tercero del fallo, que dejamos sin efecto y en consecuencia:

(i) ABSOLVEMOS a Borja del delito de lesiones por el que se le condena.

(ii) ABSOLVEMOS a Borja del pago de la indemnización al que se le condena.

CONFIRMAMOS la sentencia en todo lo demás. Las costas del recurso se declaran de oficio.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** mediante **RECURSO DE CASACIÓN** que se

preparará ante este Tribunal, en el plazo de **CINCO DÍAS** siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Presidente/a en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.