



Roj: **STS 2446/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2446**

Id Cendoj: **28079120012015100315**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2015**

Nº de Recurso: **10749/2014**

Nº de Resolución: **314/2015**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 11126/2014,**
STS 2446/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 314/2015

Fecha Sentencia : 04/05/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Julián Sánchez Melgar

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION (P) Nº : 10749/2014 P **Fallo/Acuerdo:** Sentencia Desestimatoria **Señalamiento:** 16/04/2015

Procedencia: Sec. 3ª A.P. Barcelona

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por : BDL

· **Delitos de asesinato en grado de tentativa, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de obrar por motivos ideológicos, agravante de utilización de disfraz, y la atenuante muy cualificada de reparación del daño, un delito de lesiones con instrumento peligroso, una falta de lesiones, un delito daños por incendio y un delito de tenencia de armas prohibida.**

· **Ataque concurrente de varios acusados con simbología nazi a dos personas que acudían a un concierto de música, con supuesta ideología contraria, intentando alevosamente darles muerte, produciendo lesiones a otros, e introduciendo una bengala en un coche en donde se habían refugiado otras personas, presas del pánico, por la acción conjunta desplegada por los acusados.**

· **Se solicita la nulidad de las intervenciones telefónicas por considerar que las mismas, sus prórrogas, solicitud de itinerancia de los teléfonos o de los listados de teléfonos adscritos a los repetidores próximos al lugar de los hechos, fueron injerencias meramente prospectivas que se basaron en simples razones ideológicas y en definitiva, fueron acordadas sin existir motivos o indicios suficientes que justifiquen esa medida limitativa tal derecho fundamental. Desestimación. No es razonable confundir los indicios necesarios para irrumpir en el derecho al secreto de las comunicaciones, con los que pueden servir de base a un auto de procesamiento o a una inculpación formal. Los que legitiman la autorización judicial de intervención telefónica han de representar algo más que simples conjeturas o suposiciones, más o menos aventuradas. Pero no puede exigirse de ellos la solidez de una "provisional cuasi certeza". No se puede**



decir que una interceptación telefónica carezca de justificación por haber sido concedida en virtud de meras sospechas siempre que éstas sean razonables y estén suficientemente fundadas, convirtiéndose en indicios. Precisamente por esto, la Policía debe ofrecer al Juez - y éste debe exigirla- su razón de ciencia, es decir, los motivos en que basa su sospecha para que el Juez esté en condiciones de apreciar si se trata realmente de una sospecha razonable y fundada y si, en consecuencia, la intervención que se le solicita, con la restricción del derecho fundamental que lleva consigo, es proporcional al interés invocado por los Agentes de las Autoridad.

- La posibilidad de que el trámite de cuestiones previas previsto para el procedimiento abreviado en el art. 786.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal sea aplicable al sumario ordinario, ha sido resuelta de forma pacífica y en sentido positivo por la jurisprudencia.

- No debe tolerarse que los funcionarios policiales, fuera de estrictas funciones de seguridad, se encuentren presentes en las declaraciones sumariales. Sin embargo, la queja ha de tener un contenido material, no simplemente formal, que aquí no se considera.

- Presunción de inocencia: análisis pormenorizado de las pruebas tomadas en consideración por el Tribunal sentenciador respecto a cada uno de los acusados que resultaron condenados. Prueba suficiente. Desestimación.

- «Error facti»: requisitos.

- Animus necandi. Modos de controlar ocasionalmente la inferencia por la que se concluye su concurrencia.

- Alevosía: análisis jurisprudencial.

- La "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución".

- La agravación recogida en el art. 148.1, es aplicable cuando además de la lesión

causada se ha creado un peligro complementario para el bien jurídico protegido, o incluso, para la misma vida del lesionado, por las "armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas utilizados, obedece, por tanto, al incremento del riesgo lesivo que objetivamente dimana de dicho método o forma de agredir" (STS 1203/2005, de 19 de octubre).

- Alcance de la concurrencia del delito de daños por incendio, a que hace referenciadel art. 266.1º del Código Penal .

- Delito de armas prohibidas, tipificado en el art. 563 del Código Penal .

- Estudio de la agravante cuarta del art. 22 del Código Penal : actuar por motivos ideológicos. Jurisprudencia.

- Características de la agravante de disfraz.

- La atenuante de reparación del daño, aun manteniéndose, no puede ser conceptuada como muy cualificada. Estimación de este motivo del Ministerio Fiscal, sin que afecte a la penalidad, dado el sentido atenuatorio que persiste, y en beneficio del reo.

- No puede condenarse adicionalmente por la comisión de un delito de grupo criminal, al descartarse expresamente tal opción en los hechos probados, y no concurrir los elementos típicos de tal delito. Supuesto de simple codelinuencia.

Nº: 10749/2014P

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

Fallo: 16/04/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 314/2015



Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D^a. Ana María Ferrer García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Mayo de dos mil quince.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **el MINISTERIO FISCAL y por las representaciones legales de los procesados Rodrigo Fausto , Alvaro Nicolas , Baltasar Feliciano , Pelayo Calixto , Felix Balbino , Valentin Balbino , Eulalio Baltasar , Balbino Pelayo , Valentin Valeriano y Julian Melchor** , contra Sentencia 555/2014, de 18 de julio de 2014 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada en el Rollo de Sala núm. 19/13 dimanante del Sumario núm. 1/13 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Manresa, seguido por delitos de asociación ilícita, asesinato por alevosía en grado de tentativa, lesiones con instrumento peligroso y con alevosía, desórdenes públicos y tenencia de armas prohibidas, contra Rodrigo Fausto , Alvaro Nicolas , Baltasar Feliciano , Pelayo Calixto , Felix Balbino , Valentin Balbino , Eulalio Baltasar , Balbino Pelayo , Valentin Valeriano , Julian Melchor , Leoncio Primitivo , Flora Frida , Julian Melchor , Ceferino Enrique , Pascual Olegario , Justino Ezequiel , y Alexis Pascual ; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar; siendo partes recurrentes: el MINISTERIO FISCAL y los procesados: Rodrigo Fausto representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Silvia Ayuso Gallego y defendido por el Letrado Don Francisco Bonatti Bonet, Alvaro Nicolas representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Natalia Martín de Vidales Llorente y defendido por la Letrada Doña Berta del Castillo Jurado, Baltasar Feliciano representado por el Procurador de los Tribunales Don Aníbal Bordallo Huidobro y defendido por el Letrado Don José Luis Folgueiras García, Pelayo Calixto , representado por el Procurador de los Tribunales Don Aníbal Bordallo Huidobro y defendido por el Letrado Don Wenceslao Tarragó Mocho, Felix Balbino representado por el Procurador de los Tribunales Don Anibal Bordallo Huidobro y defendido por el Letrado Don Wenceslao Tarragó Mocho, Valentin Balbino representado por el Procurador de los Tribunales Don Eduardo Moya Gómez y defendido por el Letrado Don Francisco J. González Blesa, Eulalio Baltasar representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Luisa Noya Otero y defendido por la Letrada Doña Elisenda Massa Fernández, Balbino Pelayo representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Luisa Noya Otero y defendido por el Letrado Don Jordi Soler Torradas, Valentin Valeriano y Julian Melchor representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Alicia Álvarez Plaza y defendido el primero por el Letrado Don Carlos Monguilod Agustí y el segundo por el Letrado Don Francisco Javier Monge Cabaco; y como recurridos: Leoncio Primitivo representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Mota Torres y defendido por el Letrado Don Alberto Venegas Lupiáñez, Pascual Olegario representado por el Procurador de los Tribunales Don Alvaro García San Miguel Hoover y defendido por el Letrado Don Ángel Pelluz Granja, la acusación popular Red Europea contra los Crímenes del Odio representada por Don Valentín González Martínez representada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Abellán Albertos y defendida por el Letrado Don Jesús López Gil, acusación particular Everardo Virgilio representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María de Villanueva Ferrer y defendido por el Letrado Don David Jurado Beltrán, Justino Ezequiel representado por el Procurador de los Tribunales Don Alfonso María Rodríguez García y defendido por el Letrado Don Álvaro Sanz Marlasca, Ceferino Enrique representado por el Procurador de los Tribunales Don Juan Carlos Martín Márquez y defendido por la Letrada Doña Sara María Zafrilla Olazo, Flora Frida y Alexis Pascual representados por el Procurador de los Tribunales Don Carmelo Olmos Gómez y defendidos por el Letrado Don Fernando Oriente Colomina.

I. ANTECEDENTES



PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Manresa instruyó Sumario 1/13 por delitos de asociación ilícita, asesinato por alevosía en grado de tentativa, lesiones con instrumento peligroso y con alevosía, desórdenes públicos y tenencia de armas prohibidas, contra Rodrigo Fausto , Alvaro Nicolas , Baltasar Feliciano , Pelayo Calixto , Felix Balbino , Valentin Balbino , Eulalio Baltasar , Balbino Pelayo , Valentin Valeriano , Julian Melchor , Leoncio Primitivo , Flora Frida , Julian Melchor , Ceferino Enrique , Pascual Olegario , Justino Ezequiel , y Alexis Pascual , y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona que con fecha 18 de julio de 2014 dictó Sentencia 555/14 , que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"De la actividad probatoria practicada en el acto del juicio oral de conformidad a los principios de oralidad, contradicción e igualdad de armas ha resultado acreditado:

El acusado Rodrigo Fausto tuvo conocimiento de que la noche del 23 de marzo de 2012, en la Sala "STROIKA", situada en la Avenida dels Dolors de la ciudad de Manresa, iba a celebrarse un concierto musical "Punk" de "reafirmación del compromiso de lucha antifascista" de grupos radicales de extrema izquierda a cargo de los grupos musicales "KOP" y "NON SERVIUM", todo ello dentro del festival "ANTIFA KOMBAT TOUR2012". Rodrigo Fausto conocía dicha discoteca de la que le había hablado el acusado Balbino Pelayo , quien había trabajado allí como portero, mencionándole la tipología del público asistente a la sala.

Dado que dicho concierto era de ideología contraria a la que procesan, Rodrigo Fausto convocó a los coacusados Julian Melchor , Valentin Valeriano , Balbino Pelayo , Felix Balbino , Baltasar Feliciano , Alvaro Nicolas , Eulalio Baltasar , Pelayo Calixto , Valentin Balbino , Leoncio Primitivo , Ceferino Enrique , Justino Ezequiel , Alexis Pascual , Pascual Olegario y a un menor de edad ya juzgado por estos hechos. Dicha convocatoria iba dirigida a presentarse en la mencionada discoteca con la finalidad de atacar por medio de barras de hierro, palos y bengalas a cualquiera que asistiera al concierto señalado, al suponer que dicho individuo o individuos serían de ideología contraria a la que los mismos profesan.

*Cada uno de los acusados se puso en marcha desde las distintas localidades en las que residen (Tarragona, Sabadell, Polinyà, Tordera, Esparreguera, Blanes, Barcelona, Terrassa, Viladecavalls, entre otras) y se dirigieron a raíz de la convocatoria recibida hacia Terrassa donde se encontraron en las inmediaciones del Hotel Don Candido. Una vez allí, se repartieron bengalas y barras de hierro entre otros objetos contundentes, así como pasamontañas y bragas para ocultar su rostro, y acordaron dirigirse a la Sala **Stroika** a fin de golpear con las armas que llevaban a todo aquel que encontraran en la zona y que por su aspecto pudieran considerarlo su enemigo, asumiendo que podían incluso causar la muerte con ellos.*

*Entre las 21.20 y las 21.30 horas del 23 de marzo de 2012, el grupo formado por Rodrigo Fausto , Julian Melchor , Valentin Valeriano , Alvaro Nicolas , Valentin Balbino , Eulalio Baltasar , Pelayo Calixto , Felix Balbino , Baltasar Feliciano , Balbino Pelayo , Ceferino Enrique y Leoncio Primitivo y el menor de edad ya condenado por estos hechos, llegaron a las inmediaciones de la Sala **Stroika** en diversos vehículos que estacionaron en las calles próximas.*

A continuación, todos ellos salvo Ceferino Enrique descendieron de los vehículos, cubrieron sus rostros con capuchas, bragas y pasamontañas con la finalidad de impedir que fueran identificados, cogieron las barras de hierro y demás objetos así como bengalas y se dirigieron decididos hacia la Sala. Leoncio Primitivo que había descendido del vehículo, cuando vio correr al grupo con bengalas y barras y doblar la esquina, desistió de participar en los hechos, regresó al coche de Ceferino Enrique y ambos abandonaron el lugar.

En la esquina de la calle Sallent y la Avenida dels Dolors el resto de acusados encontró a Everardo Virgilio -16 años- y a Indalecio Cornelio -de 18 años- que paseaban por la zona esperando para asistir al concierto. El grupo de acusados al verles, les seleccionaron como víctimas, indicaron "al punk" - refiriéndose a la estética de Everardo Virgilio - y con bengalas encendidas fueron hacia ellos con la intención de golpearles con los objetos que portaban asumiendo incluso que de esta forma, dado el número de integrantes del grupo y la fuerza que podían emplear, pudieran causarles la muerte. Alcanzaron a Everardo Virgilio y tras rodearle, le propinaron uno o varios golpes en la cabeza que hicieron que este cayera al suelo donde, inerte y prácticamente inerte, continuaron golpeándole en la misma zona con las barras de hierro y demás objetos. Everardo Virgilio solo pudo tratar de proteger su cabeza con las manos sin conseguirlo. Otros integrantes del grupo alcanzaron a Indalecio Cornelio propinándole golpes en la misma zona vital y con idéntica intención. Indalecio Cornelio sin embargo no cayó al suelo y pudo huir, corriendo hasta la puerta de la discoteca, lugar hasta donde el grupo de agresores no se desplazó, y donde fue socorrido por otras personas.

Parte de los integrantes del grupo se dirigieron hacia otros chicos - Lucas Enrique , Eduardo Erasmo , Braulio Prudencio , Raul Placido y Moises Felipe - que estaban en las inmediaciones quienes al verles se refugiaron en el vehículo Ford Focus matrícula F-....-FX . Uno de los agresores lanzó una bengala encendida dentro del vehículo con la intención de hacerles salir del coche. Lucas Enrique y Raul Placido , temiendo por las quemaduras que

podieran sufrir por la llamarada de la bengala o por el riesgo de combustión del vehículo, salieron corriendo del mismo y alguno de los agresores se dirigió hacia Lucas Enrique y le golpeó en la cabeza una barra de hierro. Asimismo, se dirigieron a Raul Placido y le lanzaron un puñetazo en el rostro con un objeto que no resulta identificado y que este pudo esquivar.

Dos o tres minutos después, al grito "vamos, vamos" los acusados se marcharon corriendo del lugar, entraron en sus vehículos y se dieron a la fuga, reuniéndose nuevamente en el bar Cal Curro sito en la población Pont de Vilomara escasos minutos más tarde.

Como consecuencia de dichas agresiones, el Sr. Everardo Virgilio sufrió fractura con hundimiento del parietal del cráneo, con traumatismo craneoencefálico severo con conmoción cerebral con hematoma subdurallaminar parietal así como una herida incisa en el 4º dedo de la mano derecha, lesiones que le hubieran ocasionado la muerte sino hubiera recibido asistencia médica de forma inmediata, resultado letal que era querido o cuando menos conocido como muy probable por los procesados integrantes del grupo agresor.

Dichas lesiones requirieron tratamiento médico-quirúrgico, y práctica de una craneoectomía de la fractura craneal, con colgajo rotatorio para sutura de la piel craneal, precisando tratamiento farmacológico con anticomiciales, antiedema cerebral, analgésicos, rehabilitación y sutura de la herida del dedo. Requirió una segunda intervención quirúrgica para un tratamiento de craneoplastia. Preciso para su curación 23 días de hospitalización más 240 días impeditivos. Asimismo, como resultado de tales lesiones, le han quedado secuelas consistentes en síndrome posconmocional moderado (con cefaleas, trastorno de la memoria, de la atención, del carácter y otros), hipoestesia en hemicuerpo izquierdo (análoga con monoparesia en las extremidades superior e inferiormoderada) y cicatriz craneal con perjuicio estético moderado.

Como consecuencia de dichas agresiones, Don. Indalecio Cornelio sufrió contusiones y erosiones diversas en la cabeza, herida en el cuero cabelludo occipital, fractura de la primera falange del 5º dedo y crisis de angustia reactiva. Dichas lesiones precisaron para su curación, tratamiento médico quirúrgico consistente en 16 puntos de sutura y una férula dorsal en el quinto dedo, precisando para su curación de 40 días impeditivos. Como secuelas presenta estrés postraumático moderado y cicatrices en el cuero cabelludo que suponen un perjuicio estético leve.

Como consecuencia de dichas agresiones, Don. Lucas Enrique sufrió herida contusa en el cuero cabelludo parietal derecho y hematoma en la espalda derecha y codo y precisó tratamiento médico quirúrgico consistente en 6 puntos de sutura y tardó en curar 15 días durante los cuales no estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas estrés post-traumático de carácter leve, dolor residual en hombro y codo, y cicatriz en cuero cabelludo de mínimo perjuicio estético.

Como consecuencia de dichas agresiones, Don. Raul Placido sufrió una contusión nasal que no precisó asistencia médica alguna, tardando en curar cuatro días, en los que no estuvo impedido para sus ocupaciones habituales.

Asimismo, se ocasionaron desperfectos en el vehículo Ford Focus matrícula F-....-FX a consecuencia del lanzamiento de la bengala antes descrito. Dichos desperfectos no han sido reparados y fueron tasados pericialmente en la suma de 413,49 ?.

En las entradas y registros practicados en los domicilios y vehículos de algunos de los procesados se intervinieron diversas armas blancas y otras prohibidas. En concreto, a Baltasar Feliciano se le intervino una defensa extensible de metal; a Rodrigo Fausto una defensa extensible de hierro; y a Pelayo Calixto se le intervinieron diversas navajas, machetes, cuchillos y puñales, varios de ellos de más de 11 cm de hoja, y dos puños americanos.

*Los acusados Alexis Pascual y Pascual Olegario , a los que se unió Justino Ezequiel se dirigían a la discoteca **Stroika** con conocimiento del plan establecido y con idéntica finalidad a bordo del vehículo Volkswagen Golf D-....-DH . Sin embargo, los dos primeros fueron identificados en un control rutinario por agentes de la Guardia Civil en la población de Sant Salvador de Guardiola por lo que desistieron de su inicial propósito de intervenir en las agresiones descritas.*

La acusada Flora Frida , novia de Rodrigo Fausto , tenía pleno conocimiento de estos hechos, aunque no intervino materialmente en los mismos.

*En el momento de los hechos, el concierto antifascista programado no había comenzado, estando previsto su inicio al menos una hora más tarde, sobre las 22.30 horas. Por ello, en las proximidades de la Sala **Stroika** había tan solo unas 15 personas, que no pretendían acceder a la Sala dado que aun no se permitía la entrada. No se ha acreditado si la Sala tenía o no las puertas abiertas. En modo alguno se ha acreditado que los acusados tuvieran la intención con las acciones descritas de causar una grave perturbación de la paz pública.*



Los acusados *Rodrigo Fausto* , *Julian Melchor* , *Valentin Valeriano* , *Balbino Pelayo* , *Justino Ezequiel* , *Felix Balbino* , *Baltasar Feliciano* , *Alvaro Nicolas* , *Eulalio Baltasar* , *Pelayo Calixto* , *Valentin Balbino* , *Alexis Pascual* , *Pascual Olegario* , *Ceferino Enrique* y *Leoncio Primitivo* comparten estética e ideología nacionalsocialista, con justificación del uso de la violencia contra otras personas o grupos de personas por ser de ideología contraria o bien por ser de otras razas o de otra orientación sexual. Asimismo, algunos de ellos están integrados en grupos radicales seguidores del futbol -CUSOS o BRIGADAS BLANQUIAZULES- Sin embargo, más allá de las acciones planificadas y llevadas a cabo el día 23 de marzo de 2012 antes descritas, no ha resultado acreditado que los acusados integraran una banda criminal de forma organizada y permanente durante un mínimo lapso temporal.

Con carácter previo al acto de juicio oral, los acusados *Rodrigo Fausto* , *Flora Frida* , *Julian Melchor* , *Ceferino Enrique* , *Valentin Valeriano* , *Balbino Pelayo* , *Justino Ezequiel* , *Felix Balbino* , *Baltasar Feliciano* , *Alvaro Nicolas* , *Eulalio Baltasar* , *Pelayo Calixto* , *Valentin Balbino* y *Alexis Pascual* consignaron la suma de noventa y cuatro mil euros, suma expresamente consignada para ser destinada al abono de las indemnizaciones de los diversos perjudicados.

Baltasar Feliciano fue ejecutoriamente condenado por sentencia de fecha de 15-9-07 firme en la misma fecha dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Sabadell por un delito de lesiones a las penas de dos años de prisión y dos años y cuatro meses de prohibición de acercamiento a la víctima, habiendo extinguido ésta última el 25-2-10.

Pelayo Calixto fue ejecutoriamente condenado por sentencia de 29-3-11 firme en la misma fecha por el Juzgado Penal nº 12 de Madrid por un delito de desórdenes públicos, un delito de atentado y un delito de daños, a penas entre 6 y 3 meses de prisión.

Rodrigo Fausto fue ejecutoriamente condenado por sentencia de fecha 18-12-2007, firme en fecha 5-2-08 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona por un delito de daños por incendio a la pena de dos años de prisión, pena suspendida por cuatro años a computar desde el 21-4-09.

Los acusados *Balbino Pelayo* , *Julian Melchor* , *Eulalio Baltasar* , *Felix Balbino* , *Alvaro Nicolas* , *Valentin Valeriano* y *Justino Ezequiel* carecen de antecedentes penales."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que CONDENAMOS a *Rodrigo Fausto* , *Julian Melchor* , *Valentin Valeriano* , *Balbino Pelayo* , *Felix Balbino* , *Baltasar Feliciano* , *Alvaro Nicolas* , *Eulalio Baltasar* , *Pelayo Calixto* y *Valentin Balbino* como autores de dos delitos de asesinato en grado de tentativa, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de obrar por motivos ideológicos y de disfraz y la atenuante muy cualificada de reparación del daño, a las penas siguientes a cada uno de ellos: en relación al delito del que fue víctima *Everardo Virgilio* la pena de nueve años de prisión; en relación al delito del que fue víctima *Indalecio Cornelio* la pena de cuatro años de prisión.

Que CONDENAMOS a *Rodrigo Fausto* , *Julian Melchor* , *Valentin Valeriano* , *Balbino Pelayo* , *Felix Balbino* , *Alvaro Nicolas* , *Eulalio Baltasar* , *Pelayo Calixto* y *Valentin Balbino* como autores del delito de lesiones con instrumento peligroso, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de obrar por motivos ideológicos y de disfraz y la atenuante muy cualificada de reparación del daño, a cada uno de ellos a la pena de dos años y seis meses de prisión y a *Baltasar Feliciano* al concurrir la agravante de reincidencia, procede imponerle la pena de tres años y seis meses de prisión.

Que CONDENAMOS a *Julian Melchor* , *Valentin Valeriano* , *Balbino Pelayo* , *Felix Balbino* , *Baltasar Feliciano* , *Alvaro Nicolas* , *Eulalio Baltasar* y *Valentin Balbino* como autores del delito de daños por incendio a cada uno de ellos la pena de un año de prisión y a *Rodrigo Fausto* y a *Pelayo Calixto* al concurrir en ellos la agravante de reincidencia, la pena de dos años y un día de prisión.

Que CONDENAMOS a *Rodrigo Fausto* , *Julian Melchor* , *Valentin Valeriano* , *Balbino Pelayo* , *Felix Balbino* , *Baltasar Feliciano* , *Alvaro Nicolas* , *Eulalio Baltasar* , *Pelayo Calixto* y *Valentin Balbino* como autores de una falta de lesiones en agresión a la pena de treinta días de multa con una cuota diaria de seis euros.

Que CONDENAMOS a *Rodrigo Fausto* , *Baltasar Feliciano* y *Pelayo Calixto* como autores de un delito de tenencia de armas prohibidas a la pena de un año de prisión en relación a los dos primeros y un año y seis meses de prisión respecto a *Pelayo Calixto* .

Como pena accesoria se impondrá la inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena a cada uno de los acusados.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el art. 127 del Código Penal acordamos el comiso de las armas blancas y resto de armas intervenidas a cada uno de los acusados.



Que ABSOLVEMOS a Rodrigo Fausto del delito de asociación ilícita en calidad de dirigente por el que venía acusado. ABSOLVEMOS a Julian Melchor , Valentin Valeriano , Balbino Pelayo , Felix Balbino , Alvaro Nicolas , Eulalio Baltasar , Baltasar Feliciano , Pelayo Calixto y Valentin Balbino del delito de asociación ilícita en calidad de miembro por el que venían acusados.

Que ABSOLVEMOS a Rodrigo Fausto , Julian Melchor , Valentin Valeriano , Balbino Pelayo , Felix Balbino , Alvaro Nicolas , Eulalio Baltasar , Baltasar Feliciano , Pelayo Calixto y Valentin Balbino del delito de desórdenes públicos por el que venían acusados.

Que ABSOLVEMOS a Julian Melchor , Valentin Valeriano , Balbino Pelayo , Felix Balbino , Alvaro Nicolas , Eulalio Baltasar y Valentin Balbino del delito de tenencia ilícita de armas por el que venían acusados.

Que ABSOLVEMOS a Flora Frida , a Ceferino Enrique , a Leoncio Primitivo , a Alexis Pascual , a Justino Ezequiel y a Pascual Olegario de todos los delitos por los que venían acusados.

En concepto de responsabilidad civil, los acusados Rodrigo Fausto , Julian Melchor , Valentin Valeriano , Balbino Pelayo , Felix Balbino , Baltasar Feliciano , Alvaro Nicolas , Eulalio Baltasar , Pelayo Calixto y Valentin Balbino conjunta y solidariamente indemnizarán a los perjudicados en las sumas siguientes:

- a Everardo Virgilio en la suma de 16.056 euros por las lesiones y 160.000 euros por las secuelas.
- A Indalecio Cornelio en la suma de 1.200 euros por las lesiones y secuelas causadas.
- A Lucas Enrique en la suma de 450 euros por las lesiones causadas.
- A Raul Placido en la suma de 90 euros por las lesiones causadas.
- A Moises Felipe en la suma de 413,49 ? por los daños de su vehículo.

Dichas sumas se incrementaran con los intereses legales previstos.

Las sumas consignadas por los acusados, tanto los condenados como los absueltos, se destinarán al pago de las indemnizaciones fijadas.

Se declaran de oficio un tercio de las costas causadas. Se imponen a cada uno de los acusados que han sido condenados una décima parte de las costas restantes incluidas las de las acusaciones particulares y excluidas las de la acusación popular.

El periodo de prisión provisional cumplido de forma cautelar en esta causa, se computará en el cumplimiento de las penas finalmente impuestas a cada uno de los acusados."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional por el **MINISTERIO FISCAL** y por las representaciones legales de los procesados Rodrigo Fausto , Alvaro Nicolas , Baltasar Feliciano , Pelayo Calixto , Felix Balbino , Valentin Balbino , Eulalio Baltasar , Balbino Pelayo , Valentin Valeriano y Julian Melchor , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por el **MINISTERIO FISCAL** se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por indebida aplicación del art. 21.5 en relación con el art. 66.2 del C. penal , al estimar la concurrencia en los condenados de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada.

2º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., denuncia infracción de Ley por indebida inaplicación del art. 570 ter del C. penal que tipifica el delito de pertenencia a grupo criminal, introducido tras la reforma llevada a cabo por la LO 5/10, de 22 de junio.

El recurso de casación formulado por la representación del procesado Felix Balbino , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 de la C E .

2º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., por inaplicación del art. 24.1 de la CE en el que se consigna el derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión y el art. 24.2 de la CE en el que se consigna el derecho a un proceso público con las debidas garantías, y ello en relación a las declaraciones de

los procesados durante la instrucción de la causa al encontrarse presentes en dicho acto el instructor y el secretario del atestado policial.

3º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., señalándose como infringido por inaplicación del art. 24.2 de la CE en el que se consigna como derecho fundamental la presunción de inocencia, por lo que respecta a los delitos de asesinato intentado, lesiones con instrumento peligroso, daños por incendio y falta de lesiones.

4º. - Al amparo del art. 852 de la LECrim ., señalándose como infringido por inaplicación del art. 24.2 de la CE en el que se consigna como derecho fundamental la presunción de inocencia por aplicación indebida del núm. 1 del art. 148 del C. penal , subtipo agravado de uso de arma, en relación al delito de lesiones sufrido por Lucas Enrique .

5º.- Al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim ., por aplicación indebida del núm. 1 del art. 139 del C. penal , alevosía.

6º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., señalándose como infringido por inaplicación del art. 24.2 de la CE en el que se consigna el derecho a la presunción de inocencia por aplicación indebida del art. 139.1 y 66.2 del C.penal , delito de asesinato intentado, e inaplicación de los arts. 147 y 148.1 del C. penal , delito de lesiones con uso de arma, en relación a las lesiones sufridas por Indalecio Cornelio .

7º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., señalándose como infringido por inaplicación el art. 24.2 de la CE en el que se consigna el derecho a la presunción de inocencia por aplicación indebida del art. 139.1 y 82 del C.penal , delito de asesinato intentado, e inaplicación de los arts. 247 y 148.1 del C. penal , delito de lesiones con uso de arma, en relación a las lesiones sufridas por Everardo Virgilio .

8º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849. 1 de la LECrim ., por aplicación indebida del art. 22.4 del C.penal - agravante de obrar por motivos ideológicos.

9º.- Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim . por aplicación indebida del art. 266.1 del C.penal , delito de daños por incendio.

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Valentin Balbino , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo y de conformidad con el art. 5.4 de la LOPJ y al amparo del art. 852 de la LECrim ., así como al art. 24.1 y 24.2 de la CE , al referirse a la presunción de inocencia, tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión, así como a un proceso con todas las garantías.

2º.- Se articula al amparo del art. 849.1 de la LECrim . al haberse infringido los arts. 139.1 ., 147.1 , 148.1 , 617.1 , 266.1 del C. penal por su indebida aplicación.

El recurso de casación formulado por la representación de los procesados Valentin Valeriano y Julian Melchor , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim , en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por infracción del art. 24.2 de la CE por considerar que se ha vulnerado el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías en relación con el art. 18.3 de la CE .

2º.- Vulneración de la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE aplicación indebida de los arts. 139 , 148 , 266 y 617 del C.penal .

3º. - Vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE por aplicación indebida del art. 139 del C.penal e inaplicación indebida del art. 148.1 del mismo texto legal .

4º.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE por aplicación indebida del art. 266.1 del C.penal .

5º.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE por aplicación indebida del art. 22.4 del C. penal .

6º.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE por aplicación indebida del art. 22.2 del C. penal .

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Pelayo Calixto , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas el art. 18.3 de la CE .

2º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., señalándose como infringidos por inaplicación del art. 24.1 de la CE en el que se consigna el derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión y el art. 24.2 de la CE en el que se consigna el derecho a un proceso público con las debidas garantías y ello en relación a las declaraciones de los procesados durante la instrucción de la causa por encontrarse presentes en dicho acto el instructor y el secretario de la atestado policial.

3º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim . señalándose como infringido por inaplicación del art. 24.2 de la CE en el que se consigna como derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo que respecta a los delitos de asesinato intentados, lesiones con instrumento peligroso, daños por incendio y falta de lesiones.

4º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., señalándose como infringido por inaplicación del art. 24.2 de la CE en el que se consigna como derecho fundamental la presunción de inocencia por aplicación indebida del núm. 1º del art. 148 del C.penal , subtipo agravado de uso de arma, en relación al delito de lesiones sufrido por Lucas Enrique .

5º.- Al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim ., por aplicación indebida del núm. 1 del art. 139 del C.penal , alevosía.

6º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., señalándose como infringido por inaplicación el art. 24.2 de la CE , en el que se consigna el derecho a la presunción de inocencia por aplicación indebida del art. 139.1 y 62 del C. penal delito de asesinato intentado e inaplicación de los arts. 147 y 148.1 del C. penal , delito de lesiones con uso de arma, en relación a las lesiones sufridas por Indalecio Cornelio .

7º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., señalándose como infringido por inaplicación del art. 24.2 de la CE en el que se consigna el derecho a la presunción de inocencia por indebida aplicación del art. 139.1 y 62 del C.penal delito de asesinato intentado e inaplicación de los arts. 147 y 148.1 del C. penal , delito de lesiones con uso de arma, en relación a las lesiones sufridas por Everardo Virgilio .

8º.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por aplicación indebida del art. 22.4 del C. penal , agravante de obrar por motivos ideológicos.

9º.- Por infracción de Ley al amparo del núm., 1 del art. 849 de la LECrim ., por aplicación indebida del art. 266.1 del C. penal , delito de daños por incendio.

10º.- Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim . por aplicación indebida del art. 563 del C. penal , delito de tenencia de armas prohibidas.

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Baltasar Feliciano , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas el art. 18.3 de la CE .

2º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., señalándose como infringidos por inaplicación del art. 24.1 de la CE en el que se consigna el derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión y el art. 24.2 de la CE en el que se consigna el derecho a un proceso público con las debidas garantías y ello en relación a las declaraciones de los procesados durante la instrucción de la causa por encontrarse presentes en dicho acto el instructor y el secretario del atestado policial.

3º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim . señalándose como infringido por inaplicación del art. 24.2 de la CE en el que se consigna como derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo que respecta a los delitos de asesinato intentados, lesiones con instrumento peligroso, daños por incendio y falta de lesiones.

4º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., señalándose como infringido por inaplicación del art. 24.2 de la CE en el que se consigna como derecho fundamental la presunción de inocencia por aplicación indebida del núm. 1º del art. 148 del C.penal , subtipo agravado de uso de arma, en relación al delito de lesiones sufrido por Lucas Enrique .

5º.- Al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim ., por aplicación indebida del núm. 1 del art. 139 del C.penal , alevosía.

6º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., señalándose como infringido por inaplicación el art. 24.2 de la CE , en el que se consigna el derecho a la presunción de inocencia por aplicación indebida del art. 139.1 y 62 del C. penal delito de asesinato intentado e inaplicación de los arts. 147 y 148.1 del C. penal , delito de lesiones con uso de arma, en relación a las lesiones sufridas por Indalecio Cornelio .

7º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., señalándose como infringido por inaplicación del art. 24.2 de la CE en el que se consigna el derecho a la presunción de inocencia por indebida aplicación del art. 139.1 y 62 del



C.penal delito de asesinato intentado e inaplicación de los arts. 147 y 148.1 del C. penal , delito de lesiones con uso de arma, en relación a las lesiones sufridas por Everardo Virgilio .

8º.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por aplicación indebida del art. 22.4 del C. penal , agravante de obrar por motivos ideológicos.

9º.- Por infracción de Ley al amparo del núm., 1 del art. 849 de la LECrim ., por aplicación indebida del art. 266.1 del C. penal , delito de daños por incendio.

10º.- Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim . por aplicación indebida del art. 563 del C. penal , delito de tenencia de armas prohibidas.

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Alvaro Nicolas , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración de precepto constitucional y, en concreto, por haber conculcado la resolución recurrida el derecho a la presunción de inocencia que establece el art. 24.2 de la CE , al haber recaído condena sin haberse practicado prueba de cargo suficiente.

2º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE al no haberse practicado en el acto del juicio oral prueba de cargo suficiente que fundamente la apreciación de la agravación típica de alevosía del delito de asesinato, de conformidad con la circunstancia primera del art. 139 del C.penal , en relación a los hechos sobre el Sr. Everardo Virgilio .

3º.- Por infracción de Ley con base en el núm. 1 del art. 849 de la LECrim ., por inaplicación del art. 147 y 148.1 del C. penal , en lo que respecta al Sr. Everardo Virgilio , como alternativa a la tesis absolutoria.

4º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE al no haberse practicado en el acto del juicio oral prueba de cargo suficiente que fundamente la apreciación de la agravación típica de la alevosía del delito de asesinato, de conformidad con la circunstancia 1ª del art. 139 del C. penal , en relación a los hechos sobre el Sr. Indalecio Cornelio .

5º.- Por infracción de Ley con base en el art. 849.1 de la LECrim . por inaplicación del art. 147 y 148.1 del C.penal , en lo que respecta al Sr. Indalecio Cornelio como alternativa a la tesis absolutoria.

6º.- Por infracción de Ley con base al art. 849.1 de la LECrim ., por indebida aplicación del delito de lesiones agravadas con instrumento peligroso del art. 148.1 del C.penal , respecto del Sr. Lucas Enrique .

7º.- Por infracción de Ley con base en le art. 849.1 de la LECrim ., por inaplicación del art. 147 del C. penal en lo que respecta al Sr. Lucas Enrique , como alternativa a la tesis absolutoria.

8º.- Por infracción de Ley con base en el art. 849.1 de la LECrim , por indebida aplicación del delito de daños por incendio, con riesgo para la vida o integridad de las personas del art. 266.1 del C.penal , y consecuentemente, por inaplicación de la falta de daños del art. 625 del C., penal , como alternativa a la tesis absolutoria.

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Eulalio Baltasar , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim , y al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra CE en su art. 24 núm. 2 en relación con el art. 53 núm. 1 del propio texto constitucional.

2º.- Infracción de precepto constitucional por el cauce de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim . en relación con el art. 24.1 y 18.3 de la CE y 579 de la LECrim .. Sostenemos que no constan en las diligencias policiales datos de interés que legitimen la medida de investigación acordada.

3º.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim ., en su número segundo, por haberse incurrido en error en la apreciación de la prueba

4º. - Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim ., en su número 1º, por infracción de precepto legal, la haberse inaplicado indebidamente el art. 139.1 del C. penal considerando la Sala que se han cometido dos delitos de asesinato en grado de tentativa del C. penal.

5º.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art.849.1 de la LECrim ., por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente el art. 148.1 del C.penal en las lesiones correspondientes al Sr. Lucas Enrique .

6º.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim ., en su número primero, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente el art. 266.1 del C.penal considerando la Sala que se han cometido un delito por daños por incendio. debiéndose tipificar los hechos probados como una falta de daños.



7º.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim ., en su número primero, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente el art. 22.2 de la C. penal , considerando la Sala que se han cometido los tipos delictivos con la agravante bajo la agravante de disfraz.

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Balbino Pelayo , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim . y 5.4 de la LOPJ en concreto el art. 24 de la CE , derecho a la presunción de inocencia, es por no fundamentarse la condena en una prueba de cargo suficiente y racionalmente valorada, habida cuenta la insuficiencia de incongruencia de la prueba indiciaria en la cual se fundamenta la sentencia.

2º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art.851. 1 y 3 de la LECrim ., por la falta de claridad en los hechos declarados probados y contradicción entre ellos.

3º.- Infracción de Ley al amparo del art. 849.2 de la LECrim ., por haberse incurrido en error en la apreciación de la prueba. De acuerdo en con art. 855 se señala como particular del documento la ficha de imputación que obra en los folios 2529 a 2534, y diligencia de comprobación del tiempo de desplazamiento del folio 93.

4º.- Infracción de Ley por entender que se ha infringido precepto penal sustantivo (en concreto el art. 139 del C. penal), al amparo del art. 849.1 de la LECrim .

5º.- Infracción de Ley por entender que se ha infringido precepto penal sustantivo (en concreto del art. 148.1 del C.penal) al amparo del art. 849.1 de la LECrim .

6º.- Infracción de Ley por entender que se ha infringido precepto penal sustantivo (en concreto el art. 266.1 del C.penal) al amparo del art. 849.1 de la LECrim .

7º.- Infracción de Ley por entender que se ha infringido precepto penal sustantivo (en concreto el art. 617.1 del C. penal) al amparo del art. 849.1 de la LECrim .

8º.- Infracción de Ley por entender que se ha infringido precepto penal sustantivo (en concreto el art. 22 del C. penal), al amparo del art. 849.1 de la LECrim .

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Rodrigo Fausto , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia reconocida en el art. 24 de la CE .

2º.- Vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE .

3º.- Vulneración del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones recogido en el art. 18 de la CE .

4º.- Infracción de Ley, de los arts. 22.4 , 66 y ss, 109, 110, 116, 138, 139, 147, 148.1 y 2, 266.1, 563, 617 y 625 del C.penal .

QUINTO.- Son recurridos en la presente causa Leoncio Primitivo representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Mota Torres y defendido por el Letrado Don Alberto Venegas Lupiáñez, Pascual Olegario representado por el Procurador de los Tribunales Don Alvaro García San Miguel Hoover y defendido por el Letrado Don Ángel Pelluz Granja, la acusación popular Red Europea contra los Crímenes del Odio representada por Don Valentín González Martínez representada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Abellán Albertos y defendida por el Letrado Don Jesús López Gil, la acusación particular Everardo Virgilio representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María de Villanueva Ferrer y defendido por el Letrado Don David Jurado Beltrán, Justino Ezequiel representado por el Procurador de los Tribunales Don Alfonso María Rodríguez García y defendido por el Letrado Don Álvaro Sanz Marlasca, Ceferino Enrique representado por el Procurador de los Tribunales Don Juan Carlos Martín Márquez y defendido por la Letrada Doña Sara María Zafrilla Olazo, Flora Frida y Alexis Pascual representados por el Procurador de los Tribunales Don Carmelo Olmos Gómez y defendidos por el Letrado Don Fernando Oriente Colomina.

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista, cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para la vista se celebró la misma el día 16 de abril de 2015 con la asistencia de: el Ministerio Fiscal que sostuvo su recurso solicitando su estimación; de los Letrados recurrentes: D. Francisco Bonneti Bonet por Rodrigo Fausto , Doña Berta del Castillo Jurado por Alvaro Nicolas , D. Wenceslao Tarragó Mocho por Pelayo Calixto y Felix Balbino .Don Francisco Javier González Blesa por Valentin Balbino , Doña Elisenda Massa Fernández por Eulalio Baltasar , Don Jordi Soler Torradas por Balbino Pelayo , Don Carlos Monguilod Agustí por Valentin Valeriano , Don Francisco Javier Monje Cabaro por Julian Melchor y



José Luis Folgueras García por Baltasar Feliciano ; y de los Letrados recurridos: Doña Raquel Gálvez Teixido por Leoncio Primitivo , Don Ángel Pelluz Granja por Pascual Olegario , Don Jesús López Gil por la acusación popular Red Europea contra Crímenes del Odio), Don David Jurado Beltrán, acusación particular, por Everardo Virgilio , Don Álvaro Sanz Marlasca por Justino Ezequiel , Doña Sara Zafrilla Orlazo por Ceferino Enrique , y Don Fernando Oriente Coromiño por Flora Frida y Alexis Pascual .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a los procesados que dejamos expuestos en los antecedentes de esta resolución judicial, como autores de dos delitos de asesinato en grado de tentativa, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de obrar por motivos ideológicos, agravante de utilización de disfraz, y la atenuante muy cualificada de reparación del daño, un delito de lesiones con instrumento peligroso, una falta de lesiones, un delito daños por incendio y un delito de tenencia de armas prohibida, así como decretó diversos pronunciamientos absolutorios frente algunos procesados, e igualmente absolvió a todos los acusados de los delitos de asociación ilícita, desórdenes públicos y tenencia ilícita de armas, decretando las oportunas indemnizaciones civiles, el decomiso de los efectos intervenidos y las costas procesales, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación todos los condenados en la instancia (Rodrigo Fausto , Alvaro Nicolas , Pelayo Calixto , Felix Balbino , Valentin Balbino , Eulalio Baltasar , Balbino Pelayo , Valentin Valeriano , Julian Melchor y Baltasar Feliciano), e igualmente ha recurrido también la representación procesal del Ministerio Fiscal.

Resolveremos primeramente los motivos formalizados por las defensas, agrupándolos por temas comunes, por lo que se dará así respuesta casacional a cada una de sus censuras casacionales.

SEGUNDO.- Desde el plano de la infracción constitucional, se ha recurrido con amparo en la vía autorizada en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la vulneración de derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que se proclama en el art. 18.3 de nuestra Carta Magna .

Este motivo es alegado por todos los recurrentes.

Como resumen de los diversos reproches casacionales, se solicita la nulidad de las intervenciones telefónicas por considerar que las mismas, sus prórrogas, solicitud de itinerancia de los teléfonos o de los listados de teléfonos adscritos a los repetidores próximos al lugar de los hechos, fueron injerencias meramente prospectivas que se basaron en simples razones ideológicas y en definitiva, fueron acordadas sin existir motivos o indicios suficientes que justifiquen esa medida limitativa tal derecho fundamental.

Tal motivo ya fue planteado como cuestión previa y analizada con amplitud y resuelta en el FJ 1º de la sentencia recurrida.

La Sala sentenciadora de instancia distingue entre tres tipos de resoluciones. En primer lugar, las resoluciones acordando la intervención de diversos teléfonos correspondientes a Leandro Pio , Alexis Pascual , Pascual Olegario , Rodrigo Fausto , Pelayo Calixto y Ceferino Lñigo , que el Tribunal sentenciador consideró constitucionalmente válidas, salvo en el caso de la intervención del teléfono correspondiente a Leandro Pio , aunque de dicha intervención telefónica no resultó ningún dato de interés. En segundo lugar, las dos resoluciones judiciales en las que se acordó la incorporación a la causa de los teléfonos móviles o terminales (y demás datos asociados a los mismos) que se encontraban activados (en la zona horaria correspondiente) en la zona de la Sala **Stroika** y del Bar Curro, injerencia que igualmente se declara legítima. Y en tercer lugar, las resoluciones judiciales de fecha 11 de junio (folios 602 y siguientes de la causa), 19 de junio (folios 931 y siguientes de la causa) y 2 de julio del año 2012, acordando la incorporación de las coordenadas telefónicas de los terminales de diversos números de teléfono, sin especificar la identidad de las personas a las que correspondían o el interés que pudiera tener dicha información para la investigación, las cuales fueron declaradas nulas por haber vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones.

De manera que nos tenemos que ceñir a las resoluciones judiciales que resultaron declaradas lícitas, pues en punto a las restantes, la decisión adoptada es cosa juzgada.

Para juzgar la falta de consistencia de los indicios apuntados por los oficios policiales, hemos de reseñar que en ellos se aportaron datos objetivos sobre el tipo de agresión y la ideología asociada a la misma. Como dice la Audiencia, dichos datos habían sido obtenidos en el lugar de los hechos, por los testigos presenciales -algunos de ellos víctimas del hecho- y por la identificación de Rodrigo Fausto y de Pelayo Calixto en el Bar Cal Curro junto a un grupo de individuos de la misma estética, minutos después de la agresión. Cabe destacar que dicho bar está tan solo a unos 8,2 km de la Sala **Stroika** -según diligencia policial obrante al folio 393- por lo que la proximidad espacio-temporal entre la agresión y la ubicación en el bar era un potente indicio.



Por otra parte, la policía tomó declaración a todos aquellos que se encontraban en el lugar de los hechos, analizó las circunstancias de los mismos, estudió los vestigios recogidos y entre ellos las características de las bengalas utilizadas y llegó a conclusiones que abrieron las líneas de investigación hacia un determinado grupo de individuos.

Por otra parte, en relación a la obtención de los números de teléfono de los investigados, según especificaron el Instructor y el Secretario -Mossos d'Esquadra con TIP NUM000 Y NUM001 - fueron obtenidos a través de la información que poseen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y en concreto en este caso los Mossos d'Esquadra en relación a individuos vinculados a la extrema derecha que habían sido previamente identificados o incluso detenidos con ocasión de episodios de violencia bien en campos de fútbol o en otros actos públicos.

Como dice el Ministerio Fiscal, hay que partir de la gravedad y brutalidad del delito investigado y la forma de comisión rápida, organizada y todos los participantes encapuchados, de manera que la investigación de la autoría de este delito no era en absoluto fácil al no ser identificados ni encontrarse huellas o vestigios significativos que permitieran adoptar otra línea de investigación, si bien a tenor de la información recabada a través del análisis de las bengalas, de lo manifestado por los testigos y víctimas que describieron el *modus operandi*, la violencia desarrollada, el uso de barras de hierro y bengalas, la estética *skin* de sus componentes, el tipo de ataque indiscriminado a personas que acudían a un concierto de grupos antifascistas, hizo sospechar a la policía que se trataba de un grupo de ideología neonazi, sospecha que se apoyó también en la información facilitada por la Guardia Civil de que poco antes del ataque y en las proximidades de Manresa habían identificado a dos individuos con características externas propias de la pertenencia a un grupo fascista, principalmente tatuajes, que se dirigían a dicha localidad, aportando su identidad, datos que explican en el oficio policial en virtud del cual se solicita la intervención telefónica de los citados Alexis Pascual y Pascual Olegario y que dio lugar al Auto de fecha 28 de marzo de 2012, de manera que consideramos que los datos que se aportaban eran objetivamente suficientes para justificar la injerencia, que abrió una línea de investigación que, a la postre, resultó eficaz para el esclarecimiento de los hechos.

Días más tarde, dos testigos protegidos comunicaron a los Mossos que la noche de autos un grupo numeroso de personas de estética y vinculación neonazi se concentraron en el bar Cal Curro, entre los que identificaron a Rodrigo Fausto y Pelayo Calixto, por lo que mediante Auto de fecha 4 de abril de 2012, se acordó la intervención de los teléfonos de ambos. El día 13 de abril del mismo año, se autorizó la intervención del terminal propiedad de Julian Melchor al haber sido identificado como una de las personas que se encontraba en el citado restaurante, de todos estos teléfonos fueron posteriormente prorrogada su intervención en base al contenido de las conversaciones mantenidas a través de ellos. Mediante Auto de fecha 11 de junio se acordó la intervención del teléfono de Ceferino Iñigo.

Desde luego, que no se trata de una investigación prospectiva y meramente ideológica como apuntan los recurrentes, sino que, como dice el Fiscal, la tipología del delito, los signos externos, el ataque indiscriminado contra personas que acudían a un concierto antifascista, apuntaban con mucha probabilidad a que la ideología fascista, neonazi o de extrema derecha fue el móvil y explicación de tal ataque, de manera que había que comenzar las indagaciones para identificar a los posibles autores buscando a personas próximas a esa ideología, apoyados en un dato objetivo como fue la identificación de dos personas que presentaban esa estética, bastante ostensible por cierto, un poco antes de los hechos y que se dirigían a Manresa lugar donde se produjo el ataque. La prospección que se rechaza por la jurisprudencia es la que utiliza medios de investigación cuando no se persigue propiamente un delito en concreto, sino a la búsqueda de potenciales acciones delictivas.

No es razonable confundir los indicios necesarios para irrumpir en el derecho al secreto de las comunicaciones, con los que pueden servir de base a un auto de procesamiento o a una inculpación formal. Los que legitiman la autorización judicial de intervención telefónica han de representar algo más que simples conjeturas o suposiciones, más o menos aventuradas. Pero no puede exigirse de ellos la solidez de una "provisional cuasi certeza". No se puede decir que una interceptación telefónica carezca de justificación por haber sido concedida en virtud de meras sospechas siempre que éstas sean razonables y estén suficientemente fundadas, convirtiéndose en indicios. Precisamente por esto, la Policía debe ofrecer al Juez - y éste debe exigirla- su razón de ciencia, es decir, los motivos en que basa su sospecha para que el Juez esté en condiciones de apreciar si se trata realmente de una sospecha razonable y fundada y si, en consecuencia, la intervención que se le solicita, con la restricción del derecho fundamental que lleva consigo, es proporcional al interés invocado por los Agentes de las Autoridad.

Hemos dicho también (Sentencia Tribunal Supremo 988/2003, de 4 de julio) que por lo que hace a la motivación de las resoluciones judiciales atinentes a la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, tanto los autos iniciales que la autorizan, como los dictados sucesivamente como ampliación de los primeros o los de prórroga, como ha señalado muy reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal



Constitucional (STC 167/2002, de 18/09, con cita de los numerosos precedentes jurisprudenciales del mismo Tribunal aplicables al caso), "tiene por fundamento la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida" (véase también STC 200/2000, de 11/12). Deben expresarse los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona; número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas; tiempo de duración; quiénes han de llevarla a cabo y cómo; y los periodos en los que debe darse cuenta al juez para controlar su ejecución, particular relevancia tiene la necesidad de exteriorizar los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, señalándose que "los indicios son algo más que simples sospechas pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento" o "sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo" (SSTC 171/99 , 299/00 o 14 y 202/01). Estos últimos han de manifestarse en el doble sentido de ser accesibles a terceros y de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito. Sigue diciendo la sentencia señalada en primer lugar (fundamento jurídico segundo) que ello es necesario para apreciar la conexión de antijuridicidad, pues el control constitucional exige verificar su razonabilidad y dicha relación se manifiesta en las sospechas, que no son circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para ser fundadas apoyarse en datos objetivos que, insistimos, sean accesibles a terceros y tengan una base real sobre la comisión del hecho delictivo, sin que puedan consistir en valoraciones sobre las personas. La STC 299/2000 , como recuerda la 167/2002 , apunta igualmente a este respecto que "el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa". Por ello habrá que indicar al menos en qué han consistido las investigaciones y sus resultados (elementos objetivos indiciarios), sin que por ello basten afirmaciones como "por investigaciones propias de este Servicio se ha tenido conocimiento...". También, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos se exteriorice directamente en la resolución judicial, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios.

El órgano judicial ha de valorar no sólo la gravedad y naturaleza de los delitos que se pretende indagar; y la necesidad de la invasión de un derecho fundamental para esa investigación. Es imprescindible que efectúe un juicio ponderativo sobre el nivel cualificativo de los indicios que avalan las sospechas. La suficiencia de los indicios para llegar a afirmar la probabilidad de esas conclusiones justificativas de las escuchas es una valoración que no puede hurtarse al Juez de Instrucción: no puede descansar exclusivamente en los agentes policiales. No basta con que éstos afirmen que tienen sospechas fundadas. Es necesario que aporten al instructor los elementos objetivos que apoyan ese juicio de probabilidad. La constatación de la solidez de esos indicios es parte esencial del proceso discursivo y valorativo que debe realizar el Juez antes de conceder la autorización. El Instructor ha de sopesar el nivel de probabilidad que se deriva de los indicios. Sólo cuando éste adquiera ciertas cotas que sobrepasen la mera posibilidad, estará justificada la injerencia. No basta una intuición policial; ni una sospecha más o menos vaga; ni deducciones basadas únicamente en confidencias. Es necesario algo más, como han repetido hasta la saciedad tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala de Casación. Sobre este tema la STC 49/1999 es un punto de referencia básico. Consideraciones similares pueden encontrarse en las SSTC 299/2000, de 11 de diciembre , ó 136/2000, de 29 de mayo . La concreción del delito investigado, de la persona a investigar y del teléfono cuya intervención se reclama no suplen la carencia de elementos objetivos indiciarios que justifiquen la intervención (STC de 11 de septiembre de 2006). El éxito posterior de la investigación, tampoco puede convalidar lo que en sus raíces nació podrido: se trata de un juicio ex ante (SS TC 165/2005, de 20 de junio o 259/2005, de 24 de octubre).

Como se ha resaltado por la jurisprudencia (STS 339/2013, de 20 de marzo), la veracidad y solidez del indicio no puede confundirse con su comprobación judicial. Cuando, siendo posible, no se refrenda por una investigación judicial previa -e improcedente en este momento- el indicio o noticia disponible, de ello se sigue que, de ser falso, el auto habilitante no se sustentará en indicios auténticos. Pero no que, de ser verdadero, el indicio razonable del delito deje de ser tal por el solo hecho de no haberse constatado mediante una actuación judicial redundante y casi burocrática. No hay razones para desconfiar por sistema de esos datos policiales. Las vigilancias no han de tener plasmación escrita necesariamente: otro entendimiento burocratizaría la investigación. Que no haya reflejo documental de tales vigilancias no implica que no estuviesen avalados sus frutos. El Instructor no tiene por qué dudar sistemáticamente de todos los datos objetivos proporcionados por la policía: basta con que tenga la capacidad de contrastarlos cuando lo considere necesario.

Para la legitimidad constitucional de la autorización no es precisa una investigación judicial previa exhaustiva, ni la comprobación anticipada de los datos objetivables ofrecidos por la policía como son las observaciones derivadas de vigilancias.



Respecto a las resoluciones judiciales de 13 de abril y 3 de mayo de 2012 en virtud de las cuales se ordenó aportar los listados de teléfonos activados en los repetidores próximos a la sala **Stroika** y al bar Cal Curro y en la fecha y horario señalado, no existe vulneración del secreto de las comunicaciones ni del derecho a la intimidad, pues tales resoluciones cubren las exigencias del principio de proporcionalidad y de especialidad, necesarias para la autorización judicial de la injerencia. Tal información obtenida a través del juez era necesaria para conocer los teléfonos conectados a los repetidores más próximos al lugar de los hechos y cruzar así los datos obtenidos con la información que tenían los Mossos a fin de averiguar la ubicación de las personas investigadas.

La STS 1060/2013, de 29 de septiembre, ha abordado el problema de la invasión de la intimidad por la utilización de tal rastreo de datos y ha concluido que ninguna vulneración puede predicarse de la utilización de un método que lo único que pretende es conseguir, en un radio de acción prefijado, la activación de unos mecanismos de comunicación, traducidos en números, de donde pueda inferirse la localización de unos terminales de donde inducir la presencia de unos pocos sospechosos que respondan a la utilización más certera de un material que se ha conseguido por otros medios probatorios y que, como hemos visto, se han obtenido a través de informaciones directas, comprobables y legítimas. Esto es lo que ha sucedido en el caso sometido a nuestra revisión casacional. Y en este sentido este Tribunal Supremo, ya ha declarado que cuando «esa ubicación sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la BTS o estación repetidora que capta la señal, en modo alguno puede considerarse afectado, al menos de forma relevante, el derecho a la intimidad del sometido a la práctica de la diligencia» (STS 906/2008, de 19 de diciembre). En este mismo sentido, la STS 706/2006, de 14 de junio.

Esta materia se encuentra regulada en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Los datos que utilizó la policía judicial con autorización judicial fueron los relacionados en su art. 4º, y ello con las restricciones y con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en su normativa de desarrollo, según se regula expresamente en el art. 8º de la Ley 25/2007. Del propio modo, esta ley modifica el art. 33 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, cuando su finalidad precisamente es la de posibilitar investigaciones como la presente, utilizando datos conservados que pueden arrojar indicios relevantes para la identificación de un terminal telefónico, aun sin titularidad nominal, que permita extraer elementos de localización o de conectividad, es decir, sin afectar al contenido de la conversación, y que ayuden a dirigir inicialmente una investigación delictiva. Como dice el Fiscal, este cruce de datos será extremadamente útil en la investigación de una serie de delitos, de importante impacto social, y que pueden verse facilitados en su esclarecimiento a través de estas nuevas técnicas en el cruce de conectividades, ya que no se trata de contenidos concretos y accesibles, ni titularidades nominales, que obviamente por ello no se ven afectados, ni han de incidir, ni en el invocado derecho constitucional a la intimidad, ni al secreto de las comunicaciones (apartados 1 y 3 del art. 18 de nuestra Carta Magna).

En consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

TERCERO.- El segundo motivo de Rodrigo Fausto plantea por la vía autorizada en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución Española) en tanto que la decisión del Tribunal «a quo» admitiendo parte de las pruebas testificales y periciales propuestas por el Ministerio Fiscal mediante escrito de 26-5-2014, fue extemporánea por haber concluido el trámite de conclusiones provisionales y lesionó su derecho a la tutela judicial efectiva, provocando indefensión al recurrente.

La posibilidad de que el trámite de cuestiones previas previsto para el procedimiento abreviado en el art. 786.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal sea aplicable al sumario ordinario, ha sido resuelta de forma pacífica y en sentido positivo por la jurisprudencia. Véase por ejemplo la STS 367/2008, de 27 de noviembre.

Tal posibilidad, razona la jurisprudencia, debe ser aplicable al procedimiento ordinario por sumario por varios motivos:

- a) Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico; sería un contrasentido que lo que la Ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, oralidad y en definitiva un incremento de las garantías no puede extenderse al procedimiento por sumario.
- b) Porque precisamente, el mandato constitucional contenido en el art. 120-3º de que el procedimiento -sobre todo en material criminal- sea predominante oral tiene una mayor realización y amplitud, precisamente en la audiencia preliminar que se comenta.
- c) Porque, en fin, esta línea proclive a extender la audiencia preliminar al procedimiento ordinario, que la práctica judicial lo ha aceptado, está expresamente admitido por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 10 de Octubre



de 2001 , o la 2/1998 de 29 de Julio). Obviamente, si se admite la validez de la audiencia preliminar para el cuestionamiento de la validez de algunas pruebas, es claro que también debe aceptarse que en el ámbito de dicho acto, se puede proponer nueva prueba.

El motivo, en consecuencia, no puede prosperar.

CUARTO.- El segundo motivo de Pelayo Calixto , formalizado por vulneración constitucional del proceso debido (o con todas las garantías, a que alude el art. 24.2 de nuestra Carta Magna), considera que no podían haberse tenido en consideración para enervar la presunción de inocencia, las declaraciones de los detenidos ante la autoridad judicial, siendo así que se encontraban presentes en dicho acto el instructor y el secretario del atestado policial.

Esta cuestión fue acertadamente resuelta por el Tribunal sentenciador, amparándose en nuestra STS 218/2013 , en donde afirmábamos que tal práctica ni es legal ni debe tolerarse, fuera de los casos en que la fuerza policial se encuentre en tal acto exclusivamente por razones de prestar seguridad a la diligencia. Pero en el caso, los funcionarios policiales se limitaron a estar presentes ocultos tras una mampara, sin que exista motivo alguno para pensar que su presencia intimidaba a los detenidos en la prestación de su interrogatorio judicial.

Así, pues, y desde el plano de su irrelevancia, el motivo será desestimado, declarando una vez esta Sala Casacional que tales prácticas no deben utilizarse.

QUINTO.- El motivo segundo de Balbino Pelayo , denuncia que la sentencia recurrida adolece de falta de claridad en los hechos probados.

Es oportuno recordar las exigencias que esta Sala ha venido estableciendo para la estimación de este vicio sentencial, que pueden resumirse en las siguientes:

a) que en el contexto del resultando fáctico se produzca la existencia de cierta incomprensión de lo que se quiso manifestar, bien por el empleo de frases ininteligibles, bien por omisiones, bien por el empleo de juicios dubitativos, por carencia absoluta de supuestos fácticos o por la mera descripción del resultado de las pruebas sin afirmación del juzgador.

b) que la incomprensión esté directamente relacionada con la calificación jurídica.

c) que esta falta de entendimiento o incomprensión provoque un vacío o laguna en la relación histórica de los hechos.

Sin embargo, el recurrente no plantea propiamente un vicio de esta naturaleza, sino una contradicción entre los hechos probados que narran que Lucas Enrique fue agredido mediante un golpe en la cabeza con una barra de hierro y en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, concretamente en la página 54, se refiere a que el golpe fue propinado con algún objeto contundente sin poder especificar el objeto, cuestión que añade tiene trascendencia a la hora de calificar los hechos. Este aspecto, se convierte, así, en una denuncia sobre la subsunción jurídica y no sobre la falta de claridad de los hechos probados. En cualquier caso, tanto se golpee con una barra de hierro como con un objeto contundente la calificación acerca de la utilización de un medio o instrumento peligroso es acertada.

El motivo no puede prosperar.

SEXTO.- Resolveremos ahora los motivos relacionados con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues este reproche casacional ha sido formalizado por todos los recurrentes que fueron condenados en la instancia.

La Sala sentenciadora de instancia nos dice que ha utilizado prueba directa para la acreditación de los hechos, tal y como se han redactado en su resultancia fáctica, y prueba indirecta para la atribución de la autoría individual de cada uno de los partícipes. Conviene señalar, sin embargo, que también se ha valido de prueba inculpativa que procedía de los propios procesados, si bien utilizando exclusivamente aquella que había sido prestada en fase de instrucción sumarial -descartando las declaraciones policiales-, e igualmente se había valido de los correspondientes datos corroborados para conformar su convicción, de acuerdo con la doctrina ya muy reiterada de esta Sala Casacional.

De tal manera, que el acervo probatorio lo obtiene, sustancialmente, de 1) las declaraciones de los coimputados; 2) las imágenes del bar Cal Curro; 3) la ubicación de los teléfonos móviles en las inmediaciones de la Sala **Stroika**; 4) las conversaciones lícitamente intervenidas; y 5) las diligencias de entrada y registro practicadas.



También utiliza la testifical de los testigos protegidos NUM002 a NUM003 para probar la ubicación del grupo agresor en citado bar Cal Curro, minutos después de la agresión. La testifical de los Mossos d'Esquadra que tuvieron intervención en las investigaciones y de los agentes de la Guardia Civil que identificaron a Pascual Olegario y Alexis Pascual cuando se dirigían a Manresa. La declaración del menor Ruben Fidel, condenado en sentencia de conformidad, más las testificales de descargo, junto a la documental del visionado de las imágenes grabadas en el antedicho bar, junto a las aclaraciones de las mismas realizadas por los agentes policiales que se expresan en tal resolución judicial.

Ciertamente, los testigos presenciales no pudieron identificar a ninguno de los acusados, toda vez que la acción se perpetró rápidamente y los agresores van con el rostro tapado con pasamontañas.

Pero existe coincidencia entre todas las Julian Melchor de prueba en que el grupo de atacantes era numeroso, salieron de las inmediaciones del hotel Don Cándido, usaron pasamontañas o prendas comúnmente denominadas «bragas» para ocultar el rostro, que la agresión se produjo en la sala **Stroika**, y que cenaron todos ellos, a continuación, en un bar distante a unos ocho kilómetros, llamados bar Cal Curro.

SÉPTIMO.- El principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, gira sobre las siguientes ideas esenciales:

1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han de ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues únicamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la siguiente comprobación:

1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (**prueba existente**).

2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (**prueba lícita**).

3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse bastante para justificar la condena (**prueba suficiente**).

4ª. Comprobación de que tal prueba ha sido razonadamente tenida como de cargo en función del análisis del cuadro probatorio en su conjunto (**prueba razonada**).

Como ha reiterado la jurisprudencia en STS 23-1-2013, entre otras, es conveniente recordar que " *el espacio funcional que el recurso de casación reserva a esa Sala ante la invocación del derecho a la presunción de inocencia no autoriza a una nueva valoración de las razones ofrecidas por uno u otro testigo o imputado, ni a sustituirla por aquella que consideramos más atendible al no haberlas presenciado. Y si bien es cierto que el principio de inmediación no es garantía de acierto, también lo es que, el examen de la exteriorización del iter discursivo del órgano decisorio permite detectar si estamos ante un discurso irrazonable, ilógico o contrario a las máximas de experiencia*".

Así, pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación



de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS 1030/2006 de 25.10).

A continuación, exponemos las pruebas que ha tomado en consideración el Tribunal sentenciador, para obtener su convicción. Téngase en cuenta que este motivo no permite volver a valorar las mismas, sino comprobar si tales pruebas existen, han sido lícitamente obtenidas, tienen naturaleza de pruebas de cargo y han sido razonablemente incorporadas al proceso valorativo del Tribunal que ha enjuiciado la causa.

Veamos en primer lugar las declaraciones incriminatorias de los coimputados.

Ceferino Enrique , incriminó a Balbino Pelayo como a uno de los que tiraron las bengalas en el interior del coche; a Pelayo Calixto le imputó golpear a las víctimas que resultaron más gravemente heridas; relató la participación de cicera como enlace en el concierto de voluntades para acudir con fines vindicativos a la discoteca **Stroika**; a Eulalio Baltasar , Valentin Balbino , Alvaro Nicolas , Pelayo Calixto , Ruben Fidel , Valentin Valeriano , Felix Balbino y a Julian Melchor como partícipes en la agresión.

La Sala sentenciadora de instancia señala que corrobora tal declaración incriminatoria, las fotografías del coche en el que se desplazó Ceferino Enrique , obtenidas en los peajes de la C-16 a las 20:32 horas en sentido Manresa, y a las 21:52 horas, en dirección a Terrasa, junto al vídeo del bar Cal Curro, puesto que, conforme a lo declarado por él, no se le identifica ni a él ni a Leoncio Primitivo , lo que corrobora también que desistieron de tal acción, como argumentan los jueces «a quibus».

Igualmente tiene contenido heteroincriminatorio, la declaración judicial del citado Leoncio Primitivo , que mantiene lo mismo que Ceferino Enrique , y cuenta con idéntica corroboración.

Ambas declaraciones serían suficientes para enervar la presunción de inocencia de los citados Rodrigo Fausto , Balbino Pelayo , Eulalio Baltasar , Valentin Balbino , Alvaro Nicolas , Pelayo Calixto , Valentin Valeriano , Felix Balbino y Julian Melchor .

Pero también la declaración de otros acusados, que resultarían después condenados, introducidas a través de su declaración sumarial a presencia judicial, han servido para formar la convicción judicial.

Y así, la declaración de Eulalio Baltasar , que admite los hechos, poniendo en primera persona que fue uno de los agresores, y que fue con los demás a cenar al bar Cal Curro. Del propio modo, incrimina a Rodrigo Fausto , a Pelayo Calixto , a Balbino Pelayo y a Baltasar Feliciano . Como dice la Audiencia, es conteste con el resto de los coimputados, en el sentido de que todos ellos fueron desde el lugar de la agresión al citado bar.

Resulta corroborada también tal declaración por las imágenes obtenidas en tal bar, la localización del vehículo propiedad de Rodrigo Fausto , ocupado por Eulalio Baltasar , y el paso por la autopista C-16 en dirección a Manresa a las 20:32 horas hacia la sala **Stroika**.

De la declaración de Alvaro Nicolas resultó su propia incriminación en los hechos, en fase de instrucción sumarial, como relata la Audiencia, añadiendo un cierto arrepentimiento ("si yo sé que vamos a eso, teniendo mi trabajo, teniendo mi mujer, yo no me la juego"), señalando a Pelayo Calixto como uno de sus acompañantes, y que estuvo cenando después en el bar tantas veces citado, lo que fue corroborado por las imágenes obtenidas en dicho establecimiento, la interpretación que de las mismas hizo el agente NUM004 , y la localización del Seat León, de color rojo, ya apuntado previamente por Eulalio Baltasar , propiedad y conducido por Julian Melchor , conforme a las imágenes captadas en el peaje de la autopista C-58 en dirección a Terrasa, justo después de la cena en el bar Curro, vehículo en el que iba también Pelayo Calixto . Hemos de señalar que conforme a la declaración de Ruben Fidel , en tal vehículo se llevaban las barras de hierro con las que se produjo la agresión, y que tal menor identificó a Julian Melchor como uno de los que arrojaron las bengalas en el coche. Este extremo es perfectamente comprobable (art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La declaración judicial en fase de instrucción de Pascual Olegario introduce pasajes de importancia para el relato, como las llamadas de Rodrigo Fausto , la versión de la Guardia Civil que paró a Alexis Pascual (en el Volkswagen) y a tal declarante, los tatuajes que fueron vistos por los agentes de la Benemérita, y se corrobora en el vídeo del bar Cal Curro que no estuvieron ni Pascual Olegario , ni Alexis Pascual ni Justino Ezequiel , todos ellos citados por este declarante).



La Sala sentenciadora de instancia igualmente valora la motivación ideológica del asalto, lo que se encuentra fuera de toda duda, pues no hay dato alguno que justifique la agresión salvo tal motivación, y analiza la estética «nazi» de los acusados, los cuales ostentan tatuados ostensibles símbolos de esa ideología extrema, según se explica en la página 72 de la sentencia recurrida, correspondiente a los procesados Pascual Olegario , Leoncio Primitivo , Baltasar Feliciano , Rodrigo Fausto o Pelayo Calixto . Esto mismo resulta de las conversaciones telefónicas intervenidas. La Audiencia dice al respecto:

«Así, entre las conversaciones del acusado Alexis Pascual se evidencia que en conversación de fecha 4-4-2012 menciona una concentración contra el fascismo y el racismo en el que *dije vamos a pegarle a alguien tío, escaqueo, nadie quería*, o califica de *hijos de puta* a los que llevaban una bandera de la URSS (transcrita por la policía al folio 1074), o muestra su indignación por no celebrar en abril el nacimiento o la muerte de Hitler *no se hace nada por el Führer*.

Entre las conversaciones de Pelayo Calixto existen diversas referencias al grupo CUSOS y le reclaman bengalas con reiteradas alusiones a los *guarros* .

Entre las conversaciones de Pascual Olegario -las transcritas a folios 1104- destaca el mismo lenguaje *la gente es muy acojonada, tiene miedo, que este mundo es de hostias, la gente está poco preparada*. O en fecha 24 de abril afirma *me da igual, voy a ir con una pistola y los voy a matar a todos, la mierda gente esa, ...*-folios 1127 y ss-.

Entre las conversaciones de Rodrigo Fausto con Balbino Pelayo se comenta " *que unos punkies han matado un nazi. Ah! Como eso les sale gratis! Pues no pasa nada* .

-transcripción folio 1120- O Rodrigo Fausto afirma en conversación de 21-5-2012 *les pegamos un palizón a los que mandan y les decimos, mira ahora las entradas las vendemos nosotros...* (transcripción al folio 1198)».

También se obtiene la inferencia de la presencia en el bar Cal Curro (lugar donde se dirigieron a cenar los agresores, una vez consumado el brutal acometimiento). Este establecimiento está situado en la localidad de El Pont de Vilomara i Rocafort, un pequeño municipio cercano a Manresa.

Reconocieron su presencia en tal bar, Rodrigo Fausto , Alvaro Nicolas , Valentin Balbino y Pelayo Calixto . Con la asistencia del agente de los Mossos d'Esquadra número NUM004 , al juicio oral, que explicó la identificación de los procesados, se pudo comprobar que estuvieron presentes en tal bar, además de Flora Frida , con su hijo de cuatro años de edad, los acusados Rodrigo Fausto , Valentin Balbino , Julian Melchor , Eulalio Baltasar , Balbino Pelayo , Ruben Fidel , Pelayo Calixto y Alvaro Nicolas . Como hemos dicho, con las explicaciones del agente de la autoridad, pudo llegarse a saber que también estaba Valentin Valeriano y el mencionado Julian Melchor .

El razonamiento del Tribunal sentenciador acerca de que puede darse por probado que quienes acudieron al bar, tras la agresión, participaron en la misma, es un discurso razonable, tanto por la distancia, la franja horaria, como por el visionado de las imágenes. Y algunos de ellos, así lo admiten, que fueron a tal bar tras su paso por la sala **Stroika**.

La Audiencia explica que:

«... *el grupo que entró en el bar llamó la atención precisamente por su estética -por lo que volvemos nuevamente a la asociación con grupo de cabezas rapadas-. El testigo protegido NUM002 explicó que vio entrar a un grupo de gente vestida de negro, algunos con botas militares y que al salir, oyó a uno del grupo hablar por teléfono y mencionar "barras de hierro y palos". La testigo NUM003 también explicó que le llamó la atención el grupo, vestido de oscuro y casi todos con la cabeza rapada, fijándose en los tatuajes de Pelayo Calixto (un 88 y unas alas en el cuello). De hecho, la presencia del grupo llamó de tal forma la atención que, cuando al día siguiente se conoció la noticia de la agresión en Manresa, el propio testigo NUM002 llamó a un amigo policía y entregó las cintas de video, momento inicial de la investigación que permitió la identificación de Rodrigo Fausto -al que conocían como cliente del bar- y Pelayo Calixto -por los tatuajes mencionados-. Así lo explicó tanto el testigo referido como el Instructor y el Secretario de la causa».*

Con respecto al procesado Baltasar Feliciano -que no acudió al bar a cenar-, su implicación principal se encuentra en que se halla en el registro a su domicilio un número importante de bengalas, concretamente 22 (ver folio 1002 de la causa), idénticas a las utilizadas en la agresión, sin ninguna explicación por su parte acerca de tal llamativa posesión. Este elemento indiciario es muy poderoso, junto al resto de pruebas de las que ya nos hemos hecho eco.



De las conversaciones telefónicas intervenidas, destacan aquellas en las cuales se pone de manifiesto por los interlocutores que han tenido conocimiento por parte de uno de los abogados que el menor Ruben Fidel , ha confesado la autoría de todos los partícipes, al punto que la Audiencia expone lo siguiente:

«En el acto de juicio oral, entre las conversaciones que fueron reproducidas en sala - video 30 minutos 7:10 y siguientes- destacan las que mantuvieron otros protagonistas con un claro sabor incriminatorio. Así, nos referimos a las conversaciones telefónicas entre el entonces investigado Ceferino Iñigo con la acusada Flora Frida , Ceferino Iñigo con Doroteo Urbano , Ceferino Iñigo con Carla Tatiana y que constan íntegramente transcritas a los folios 1578 y siguientes (aunque la numeración resulta en algunos folios ilegible) y de la que destacamos que Flora Frida le explicó a Ceferino Iñigo a las

14.14 horas del 14 de junio de 2012 que el que ha explicado "todo" es un tal Ruben Fidel : " *si, si mira que yo pensaba en el eh? Mira que yo sospechaba de 'el, pues míralo...hijo de puta* " y Flora Frida añade " *ha ayudado a la investigación* " y Ceferino Iñigo añade " *ese niño hijo de puta el niño este, lo vamos a matar cuando salga, hijo de puta* ". A continuación a las 14.20 horas del mismo día Ceferino Iñigo habla con Doroteo Urbano y le dice "que nada, que ha hablado el abogado con el Rodrigo Fausto y han dicho al Rodrigo Fausto que el chivato es el Ruben Fidel , Eh?". Más adelante indica " *hijo de puta, hijo de puta vendido hijo de puta* " o sea...*ha dicho todo...* " el otro le pregunta: " *lo ha dicho todo? Lo ha chutado todo? No?* Y Ceferino Iñigo contesta " *claro y ha dicho que el Rodrigo Fausto es, como el cabecilla, de todo...* ". A continuación el mismo expresa su preocupación por si ha hablado de ellos y aclara: " *pero el Ruben Fidel ese, haber habrá dicho de la movida de Manresa, no de Cusos ni de nada...* ". Esas conversaciones finalizan a las 17:15 horas de ese mismo día en que le dice a Flora Frida "tenemos los móviles pinchados no ablemos más por ak».

La Audiencia concluye que «dichas conversaciones como hemos indicado tienen un elevado valor incriminatorio, fueron objeto de audición en el juicio oral, corroboran sin lugar a dudas la intervención de Rodrigo Fausto y del resto de acusados mencionados en los hechos y la reacción de su círculo de amigos y familiares ante la noticia de que el que lo ha explicado todo es precisamente Ruben Fidel , el menor de edad también detenido. Por eso hablan de que "lo ha largado todo", y verbalizan las acciones contra él "cuando salga" como venganza por ser "el chivato"».

Por ello, estamos de acuerdo cuando afirman los jueces «a quibus» que es obvio que debe vincularse lo reconocido por el menor y transcrito en los hechos declarados probados de la sentencia de conformidad dictada, con la dinámica comisiva de la agresión y las acciones anteriores y posteriores del grupo agresor, esencialmente la cena en el bar Cal Curro.

Desde este plano probatorio, la exploración del menor en Fiscalía, base del reconocimiento posterior y de la sentencia dictada con su conformidad, es concluyente. Reconoce la autoría de todos los que han sido condenados, en tanto que se encontraba presente junto a ellos en el momento de la agresión, y posteriormente en el bar. Involucra a Rodrigo Fausto , a Pulga (Julian Melchor), Pelayo Calixto , Balbino Pelayo , Valentin Balbino , Baltasar Feliciano , Alvaro Nicolas . Baltasar Feliciano llevaba una furgoneta con las bengalas, y que las barras de hierro las sacaron del coche de Julian Melchor , el que incluso le comentó que había tirado una de las bengalas a un vehículo en el que se habían refugiado algunas víctimas.

La Audiencia analiza también el material probatorio relativo a la información de la ubicación de los terminales telefónicos, cuya titularidad viene extraída de la agenda de Rodrigo Fausto , y de los demás datos que constan en la causa, señalando los jueces de la instancia, que fueron incluso admitidos por los ahora recurrentes.

El Tribunal sentenciador solamente toma en consideración los datos correspondientes a las autorizaciones judiciales que ha validado, y de las que ya hemos hecho referencia con antelación (de Alexis Pascual y Pascual Olegario , así como de Rodrigo Fausto y Pelayo Calixto , así como de Ceferino Iñigo), y también los datos obtenidos de los teléfonos que se conectaron a los repetidores ubicados en la zona del **Stroika** (autorizados por auto de fecha 4 de abril de 2012 -folio 128-) y en la zona del Bar Cal Curro (autorizado por auto de fecha 10 de mayo de 2012 - folios 181 y siguientes-). Dichos datos constan documentados a los folios 270 a 384, correspondientes a las diversas operadoras de telefonía móvil, así como la prueba documental, integrada por las periciales del agente de Mossos d'Esquadra num. NUM005 -vídeo 23 minuto 57:00 y siguientes- y la pericial de Gerardo Mateo que ratificó y amplió el informe obrante a los folios 3442 y siguientes de la causa.

De tal acervo probatorio destaca la activa participación de Rodrigo Fausto , como el mayor receptor y emisor de llamadas en las horas previas a los hechos enjuiciados. Dichas llamadas las mantiene con el resto de acusados: Balbino Pelayo , Baltasar Feliciano , Valentin Balbino , Valentin Valeriano y Eulalio Baltasar . Dice la Audiencia que «se han contabilizado hasta 22 llamadas desde Terrassa desde las 18.30 horas y se constata de sus movimientos que entra en Manresa donde recibe 6 llamadas (3 en rotonda de Pont de Vilomara en Manresa: a Baltasar Feliciano y a Pascual Olegario a las 21.13 y 21.15,) a las 21.17 recibe un sms y se adscribe al repetidor situado a unos 600 metros de **Stroika** y llamadas posteriores (21.35 y siguientes) le ubican en el



repetidor de Sant Vicenç de Castellet, dato que coincide con las imágenes de Cal Curro por lo que en este caso puede deducirse de forma razonable que ese teléfono acompañaba a dicho acusado. Por otra parte, dicha información es coincidente con la que el propio acusado dio en el juicio oral, previsiblemente para justificar que sus llamadas se hubieran detectado justo en dichos lugares y por el repetidor de la zona **Stroika**. Dichas llamadas y/o mensajes sitúan en la zona más próxima a la Sala **Stroika** al terminal de Baltasar Feliciano . El listado completo de llamadas obra incorporado a los folios 527 a 531. Por otra parte, dicho listado de llamadas corrobora lo declarado en fase de instrucción por los acusados antes relacionados». La misma conclusión cabe extraer de la información obtenida de Pelayo Calixto cuyo terminal también muy activo durante toda la tarde y noche, se sitúa en el repetidor de Pl. Bonavista, el más próximo a la Sala **Stroika**, en dos conexiones a internet a las 21.16 y 21.17 y posteriormente las conexiones son de las afueras de Manresa y el que da cobertura a Pont de Vilomara. Por otra parte, desvirtúa lo afirmado por el mismo en el acto de juicio oral en que negó haber estado en Manresa y que ese fuera su teléfono (pese a que constaba su nombre en las diferentes agendas de coacusados). Entre los números de teléfono que también se conectaron al repetidor más próximo a la sala **Stroika** figura el de Felix Balbino .

Por otro lado, con respecto a los teléfonos conectados a los repetidores correspondientes al bar Cal Curro corroboran la presencia de los acusados en dicho establecimiento al margen de los ya citados: Pelayo Calixto , Alvaro Nicolas , Valentin Valeriano . Pero a su vez, desubica a los que la Audiencia descarta que estuvieran allí. Así, no figuran en dichas coordenadas ni Ceferino Enrique , ni Pascual Olegario , ni Leoncio Primitivo , ni Justino Ezequiel o Alexis Pascual .

Finalmente, la Sala sentenciadora de instancia tiene en cuenta los efectos intervenidos en las entradas y registros. Así, a Rodrigo Fausto según acta del secretario judicial le fue ocupada una defensa extensible en su vehículo -el mismo con el que se desplazó a la Sala **Stroika**-, botas militares, sudaderas negras con capucha, pasamontañas, y libros de ideología nazi. A Pelayo Calixto -en la entrada y registro documentada a los folios 1044 y siguientes- se le ocuparon un gran número de navajas, puñales o machetes, varios de ellos de más de 11 cm de hoja, dos puños americanos, un palo de madera de 40 cm de largo, una careta de espuma negra, un pasamontañas, botas militares, y libro de ideología nazi. A Baltasar Feliciano , en entrada documentada al folio 1002 y siguientes se le intervino una defensa metálica extensible, 22 bengalas. Idénticas botas que al resto y pasamontañas -folios 2558 y siguientes- le fueron ocupadas a Felix Balbino en la entrada y registro autorizada en fecha 11 de junio de 2012.

Ha de concluirse, para rechazar los motivos por infracción constitucional de la presunción de inocencia, en el dato de que los hechos a los que llega la Audiencia en sus conclusiones fácticas, son plenamente contestes con los hechos declarados probados en la sentencia dictada por el Juzgado de Menores 5 de Barcelona en fecha 27 de noviembre de 2013 , sentencia dictada de conformidad al partir del pleno reconocimiento de los mismos por el menor Ruben Fidel , sentencia incorporada por testimonio en el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal (Tomo 2 del sumario).

Por lo demás, y aunque es cierto que no se describe quién de los agresores ejecuta cada golpe -lo que frecuentemente no será posible en supuestos de agresiones en grupo-, ello no es causante de indefensión desde el momento en que la coautoría se contempla como una forma de realización conjunta del hecho dirigida por un dolo compartido que es fruto del acuerdo previo y mutuo y el reparto de papeles permite intercomunicar las acciones desplegadas por cada uno de los partícipes conforme al plan diseñado conjuntamente (SSTS 87/2012, de 17 de febrero , 143/2013 de 28 de febrero).

Recuerda también nuestra STS 45/2011 que "cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho y no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, con dominio funcional del hecho", aun cuando alguno de ellos no haya realizado materialmente la acción típica (teoría formal objetiva de la autoría).

En consecuencia, este reproche casacional en su conjunto no puede ser estimado.

OCTAVO.- El motivo cuarto de Pelayo Calixto , plantea también relacionado con la presunción de inocencia, que no existió prueba con respecto al delito de lesiones agravado por el uso de armas relativas a Lucas Enrique . Pero, como dice el Fiscal, en el caso aquí analizado no se aprecia esa insuficiencia probatoria en cuanto la Sala contó con las declaraciones de los testigos Raul Placido , Casimiro Cipriano y la testigo protegida NUM006 quienes de forma coincidente afirmaron que el ataque se produjo con barras de hierro y objetos contundentes, dato que también se desprende del tipo de herida que sufrió en el parietal y que preciso de 6 puntos de sutura además de hematomas en espalda y codo y de las barras de hierro que los Mossos encontraron en el lugar de los hechos.



NOVENO.- El tercer motivo de Eulalio Baltasar , se formaliza al amparo de lo autorizado en el art. 849.2º Ley de Enjuiciamiento Criminal , y denuncia «error facti» que los informes médicos forenses relativos a Everardo Virgilio , Indalecio Cornelio y Lucas Enrique , que evidencian que no existió peligro para la vida de los dos primeros y la escasa entidad de las lesiones del tercero.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurren los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras Julian Melchor probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Con respecto a los informes periciales, la doctrina de esta Sala (Sentencias 834/1996, de 11 de noviembre , y 336/2001, de 6 de marzo , entre otras muchas), admite *excepcionalmente* la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentado, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario, b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del Tribunal. En el primero porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo, porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos, como dice la Sentencia núm. 310/1995, de 6 de marzo , ante un «discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico».

En el caso aquí examinado, el Tribunal «a quo» ha acogido las conclusiones médicas contenidas en los diversos informes invocados, y lo que pretende el recurrente, apartándose del contenido de la vía casacional elegida es plantear cuestiones relativas a la calificación jurídica de los hechos que no tienen cabida y que serán analizadas en posteriores motivos.

No existen divergencias entre los informes existentes en autos. En consecuencia, el motivo debe de ser desestimado.

DÉCIMO.- El tercer motivo de Balbino Pelayo , se articula igualmente por idéntica vía que el que acabamos de resolver, esto es por «error facti», al amparo de lo autorizado en el art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y en el mismo denuncia que a los folios 2529 a 2534, donde se reflejan los indicios de criminalidad recogidos por los instructores de la causa, el folio 93 donde consta la diligencia de comprobación de tiempos que señala que el trayecto entre la sala **Stroika** y el Bar Curro se puede hacer en 6 minutos.

Tales documentos no tienen la naturaleza de literosuficientes, pues se basan en indicios probatorios, y éstos ya los hemos analizado con anterioridad.

El motivo no puede, en consecuencia, prosperar.

UNDÉCIMO.- Una vez que se han desestimado las objeciones formales a la sentencia recurrida, y se ha concluido que no se vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia que a todos los recurrentes ampara, pasaremos seguidamente a analizar las diversas censuras casacionales que se fundamentan en la subsunción jurídica, esto es, en la «questio iuris», y que han sido formalizadas al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y por consiguiente, con pleno respeto y acatamiento a los hechos declarados como probados por la Sala sentenciadora de instancia.



Así, comencemos por los dos delitos de asesinato en grado de tentativa.

Los recurrentes que han formalizado esta queja casacional, sostienen que no concurre la alevosía que cualifica el delito de asesinato, y niegan igualmente el correspondiente "animus necandi".

Se trata de motivo 5º de Pelayo Calixto , motivos 5º, 6º y 7º de Baltasar Feliciano , motivo 5º de Felix Balbino , motivos 4º y 5º de Alvaro Nicolas , motivo 4º de Eulalio Baltasar , 4º de Balbino Pelayo , y Rodrigo Fausto y Valentin Balbino .

Tales acusados -se afirma por la sentencia recurrida en su relato histórico-, descendieron de los vehículos, cubrieron sus rostros con capuchas, "bragas" y pasamontañas con la finalidad de impedir que fueran identificados, cogieron las barras de hierro y demás objetos así como bengalas y se dirigieron decididos hacia la Sala **Stroika**.

Ya en la esquina de la calle Sallent y la Avenida dels Dolors, encontraron a Everardo Virgilio -de 16 años de edad- y a Indalecio Cornelio -de 18 años- que paseaban por la zona esperando para asistir al concierto. El grupo de acusados al verles, les seleccionaron como víctimas, indicaron "al punk" -refiriéndose a la estética de Everardo Virgilio - y con bengalas encendidas fueron hacia ellos con la intención de golpearles con los objetos que portaban asumiendo incluso que de esta forma, dado el número de integrantes del grupo y la fuerza que podían emplear, pudieran causarles la muerte. Alcanzaron a Everardo Virgilio y tras rodearle, le propinaron uno o varios golpes en la cabeza que hicieron que éste cayera al suelo donde, inerme y prácticamente inerte, continuaron golpeándole en la misma zona con las barras de hierro y demás objetos. Everardo Virgilio solo pudo tratar de proteger su cabeza con las manos sin conseguirlo. Otros integrantes del grupo alcanzaron a Indalecio Cornelio propinándole golpes en la misma zona vital y con idéntica intención. Indalecio Cornelio sin embargo no cayó al suelo y pudo huir, corriendo hasta la puerta de la discoteca, lugar hasta donde el grupo de agresores no se desplazó, y donde fue socorrido por otras personas.

En primer lugar, hemos de decir que por el hecho de que las víctimas vieran llegar a los agresores y que Indalecio Cornelio pudiera huir, no se descarta la alevosía en cuanto la sorpresa es la misma, se pueda o no huir, y la imposibilidad de defensa era patente, ya que el grupo era muy numeroso, iba armado, y Everardo Virgilio y Indalecio Cornelio nada pudieron hacer para defenderse, de modo que rodearon a Everardo Virgilio , menor de edad y le golpearon repetidamente en la cabeza continuando con la agresión cuando cayó al suelo aturdido y sin posibilidad de defensa más allá de cubrirse la cabeza con los brazos sufriendo las gravísimas lesiones que relata el *factum* .

El ataque, por tanto, no deja de ser sorpresivo, repentino, imprevisible e impensable en la medida que esa absoluta irracionalidad del ataque llevada a cabo por un grupo de personas a quienes no conocían de nada ni tenían ningún tipo de relación es lo que le hace inesperado, de tal manera que anula las posibilidades de defensa. Como señala la sentencia recurrida en su fundamentación jurídica, existe una línea jurisprudencial reflejada en varias SSTs en que ante ataques irracionales e inmotivados de grupos compuestos por varios individuos contra una persona que camina por la calle, considera la existencia de alevosía porque la víctima no puede esperar ni prever una reacción tal, que por sorpresa provoca la absoluta indefensión de la víctima (STS 1031/2003 y 2093/2003 , entre otras).

Respecto a la concurrencia de la alevosía en SSTs 632/2011 de 28.6 , y

599/2012 de 11.7, se explica que el TS viene aplicando la alevosía a todos aquellos supuestos en los que el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de conectar el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito asesinato (art. 139-1º) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22-1º), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuridicidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su *modus operandi* suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuridicidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuridicidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad (STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28-12-2000).



En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación" (STS 13.3.2000).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos (SSTS 155/2005 de 15.2 , 375/2005 de 22.3):

- a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.
- b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
- c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.
- d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS 1866/2002 de 7.11).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS 178/2001 de 13.2).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S 49/2004 de 22.1, viene distinguiendo:

- a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.
- b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. 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 y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.
- c) alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuridicidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

En suma, se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresiva, que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señala la STS 19.10.2001 , 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 en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

El motivo no puede prosperar.

DUODÉCIMO.- Hemos dicho con reiteración que el ánimo de matar es una inferencia judicial revisable en casación tanto por la vía del error de derecho como por la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y que permite comprobar la inferencia del tribunal de instancia a través de su acomodación a las reglas de la lógica y la racionalidad.

Como se dice en SSTS 599/2012 de 11.7 , 93/2012 de 16.2 , 632/2011 de 28.6 , 172/2008 de 30.4 , el elemento subjetivo del delito de homicidio -o asesinato- no sólo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer



grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS 415/2004, de 25-3 ; 210/2007, de 15-3).

Como se argumenta en la STS de 16-6-2004 , el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se conecta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto "para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado" (véase STS 1-12-2004 , entre otras muchas).

Así pues, y como concluye la sentencia de esta Sala de 3-7-2006 , bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden generalmente en la jurisprudencia el dolo directo como el eventual. Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien en el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sobre el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual contenía su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continua realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generador.

En similar dirección la STS 4-6-2011 dice que el dolo supone que el agente se representa en resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la conciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

Como dice la sentencia de esta Sala de 3-7-2006 , bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden generalmente en la jurisprudencia tanto el dolo directo como el eventual. Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien en el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sobre el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual contenía su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continua realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el



agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generador.

Señala también la jurisprudencia aplicando el criterio de la imputación objetiva, que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima (SSTS 1715/2001, de 19 octubre ; 439/2000, de 26 de julio).

DÉCIMO TERCERO. - Como dice el Ministerio Fiscal, en el caso enjuiciado, poca discusión cabe plantear sobre su concurrencia que se refleja y trasluce en múltiples párrafos de la secuencia de hechos que recoge la sentencia. El hecho de acudir un grupo numeroso de personas provistos de pasamontañas, bengalas, palos y otros instrumentos peligrosos a atacar a personas de ideología contraria, evidencia ya como afirma la sentencia recurrida, que no se excluía en absoluto la previsión de un resultado letal como una de las consecuencias de su conducta, lo que se hace más patente cuando analizamos la forma y circunstancias que rodearon el ataque llevado a cabo por al menos 10 acusados, golpeando repetidamente con instrumentos contundentes como barras de hierro a partes y órganos vitales de Everardo Virgilio y Indalecio Cornelio , quienes se encontraban desarmados, fundamentalmente la cabeza, incluso cuando el primero se desplomó y cayó al suelo, con las graves lesiones cerebrales que se derivaron para Everardo Virgilio , y que pudieron provocar su muerte de no ser atendido con urgencia médicamente, lo que se traduce en si no un dolo directo sí con un clarísimo dolo eventual, totalmente compatible según la jurisprudencia con el ataque alevoso, pues el dolo directo sólo se requiere respecto a la situación de indefensión de la víctima.

En consecuencia, ni la carencia de dolo de matar, ni la falta de ataque alevoso pueden ser sostenidas válidamente.

El motivo no puede prosperar.

DÉCIMO CUARTO.- La acción conjunta en este caso ha sido llevada a cabo por todos los acusados, los cuales, puestos de acuerdo previamente, han desplegado acciones ofensivas de manera indiscriminada, contribuyendo cada uno a la realización del fin.

La STS 11/9/2000 , que con cita de la STS 14/12/1998 , señala que "la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del C.P. 1995 como "realización conjunta del hecho" viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del "acuerdo previo", a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo; la "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución".

En este tema la ST.S 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP . no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo, según dispone el Código Penal, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

Como dice la ST.S 27-9-2000 , tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la



participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SSTs 29-3-1993, 24-3-1998 y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

En este sentido en STS 1320/2011, de 9 de diciembre, hemos dicho que todos los que intervienen en una pelea para la que existe una decisión común de agredir, aceptan lo que cada uno de ellos haga contra la seguridad física de las víctimas, resultando también coautores desde el punto de vista del dominio del hecho (STS 1503/2003, de 10 de noviembre). Este principio de imputación recíproca rige entre los coautores, mediante el cual a cada uno de los partícipes se les imputa la totalidad del hecho con independencia de la concreta acción que haya realizado.

Ahora bien, en estos supuestos es preciso comprobar que cada uno de los intervinientes sea, verdaderamente, autor, esto es tenga un dominio del hecho, en este supuesto condominios, y comprobar la efectiva acción para evitar que le sean imputables posibles excesos no abarcados por la acción conjunta bien entendido que no se excluye el carácter de coautor en los casos de decisiones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas decisiones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

Doctrina que reitera en STS 1099/2007, de 14-6, 338/2010, de 16-4, al afirmar que no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo, concretamente en el homicidio la materialización de la agresión letal, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integrados en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas, STS 1240/2000 de 11-9, y 1486/2000, de 27-9, que señala que "la coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elementos subjetivos de la coautoría y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación; el carácter, subordinado o no, del partícipe de la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción; que será condominio funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la coautoría.

La mencionada decisión conjunta es consecuencia de un acuerdo que puede ser previo o simultáneo a la misma ejecución, debiendo valorarse, en su caso, la posible existencia de un exceso en algunos de los coautores, pudiendo quedar exceptuados los demás de la responsabilidad por el resultado derivado del mismo.

Tal acuerdo ha de entenderse como **coincidencias de voluntades dirigidas a una misma finalidad, más que como pacto de connotaciones de reciprocidad**. Es lo que se ha denominado **dolo compartido**. La realización conjunta del hecho sólo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en la acción. Sólo pueden ser dominados los hechos que se conocen (STS de 22 de diciembre del 2010 resolviendo el recurso: 1604/2010). **Más que de responsabilidades individuales sumadas cabe hablar de una responsabilidad por la totalidad del hecho**. Esta responsabilidad alcanza a lo que se ha denominado cooperadores no ejecutivos pero que contribuyen de manera objetiva esencial en lo causal pese a ser ajena al núcleo del tipo.

Por otra parte, en cuanto al alcance del elemento subjetivo esa imputación recíproca justifica la extensión del concepto de autor a hipótesis en las que el comportamiento del otro sujeto era suficientemente previsible.



DÉCIMO QUINTO.- Respecto al delito de lesiones, algunos recurrentes, han mantenido que no puede aplicarse el tipo agravado del art. 148.1º del Código Penal (lesiones sufridas por Lucas Enrique) dado que éste no pudo ver el instrumento con el que fue atacado, de manera que no puede afirmarse que se trate de un instrumento con capacidad lesiva y utilizado de una forma concretamente peligrosa.

Es el caso del motivo 4º de Pelayo Calixto , 4º de Baltasar Feliciano , 4º de Felix Balbino , 2º y 3º de Alvaro Nicolas , 5º de Eulalio Baltasar , 5º de Balbino Pelayo , y de Rodrigo Fausto , Valentin Balbino , Valentin Valeriano y Julian Melchor .

Los hechos probados narran que «alguno de los agresores se dirigió hacia Lucas Enrique y le golpeó en la cabeza una barra de hierro», y sufrió heridas en región parietal del cráneo y que precisó 6 puntos de sutura, además de hematomas en espalda y codo.

La agravación recogida en el art. 148.1, es aplicable cuando además de la lesión causada se ha creado un peligro complementario para el bien jurídico protegido, o incluso, para la misma vida del lesionado, por las "armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas utilizados, obedece, por tanto, al incremento del riesgo lesivo que objetivamente dimana de dicho método o forma de agredir" (STS 1203/2005 de 19.10).

Es decir, hace referencia, como tiene declarado esta Sala, en STS 155/2005 de 15.2 , el peligro de la producción de un resultado mayor a consecuencia de la utilización de un instrumento que se considera idóneo para haberlo producido.

En cuanto a la peligrosidad del elemento utilizado para realizar la agresión viene determinada por una doble valoración: una situación de carácter objetivo que se deriva de la naturaleza, forma y composición del instrumento de que se vale el agresor, y un componente subjetivo que se constituye a partir de la intensidad y dirección dada a los golpes propinados a la víctima. (SSTS 13.10.2003 , 27.3.2003 , 12.11.2001).

En el caso de autos sobre la peligrosidad objetiva de una barra de hierro, poco cabe argumentar al tratarse de un instrumento cuya relevancia lesiva viene reconocida por esta Sala, dada su aptitud para causar las lesiones que aquí se produjeron (SSTS 86/2001 de 31.1 , 2162/2003 de 16.12 , 364/2003 de 13.3 , 375/2006 de 3.3).

Por lo demás, el componente subjetivo deviene asimismo indubitado a tenor del golpe asestado con dicho objeto en zona vulnerable como es la cabeza y la causación de las graves lesiones antes descritas.

Concurren los requisitos que exige el art. 148-1º del Código Penal , al haber efectuado un golpe con una barra de hierro de forma contundente y peligrosa dirigido a la cabeza de la víctima.

El motivo no puede prosperar.

DÉCIMO SEXTO.- El motivo séptimo de Balbino Pelayo , formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849.1º Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia infracción de ley por aplicación indebida del Art. 617.1º 1º Código Penal .

Afirma el recurrente respecto a las lesiones sufridas por Raul Placido que en todo caso estaríamos ante el apartado 2º del art. 617 Código Penal .

El motivo ha de desestimarse por falta de respeto al *factum* de la sentencia recurrida en donde se afirma que como consecuencia de la agresión sufrida, Raul Placido sufrió una contusión nasal, de manera que tal resultado es una lesión, por lo que no existió infracción legal alguna. La diferencia de tipicidad entre el primer apartado y el segundo del referido art. 617 del Código Penal , reside precisamente en la causación o no de lesión a la víctima, pues en caso golpear o maltratar sin causar lesión, es aplicable el apartado segundo de tal precepto.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Se ha cuestionado igualmente la concurrencia del delito de daños por incendio, a que hace referencia del art. 266.1º del Código Penal .

Es el caso del motivo 8º de Alvaro Nicolas , 9º de Pelayo Calixto , 9º de Baltasar Feliciano , 9º de Felix Balbino , 6º de Eulalio Baltasar , 6º de Balbino Pelayo y los correspondientes reproches casacionales de Valentin Balbino , Rodrigo Fausto , Valentin Valeriano y Julian Melchor .

Señalan los reproches casacionales que no existió un peligro real y concreto para las personas que se encontraban en el interior del vehículo por el hecho de lanzar la bengala al interior, por lo que los hechos deberían subsumirse en el tipo básico del art. 263 Código Penal , pero al no superar la cuantía del daño los 400 euros, sería constitutivo de una simple falta del art. 625 Código Penal .



El relato fáctico señala que cuatro personas al ver al grupo atacante se refugiaron en el interior de un vehículo, donde los acusados introdujeron a través de una ventana, una bengala encendida que provocó la salida de alguno de los ocupantes del coche por miedo a las quemaduras o ante el riesgo de combustión del vehículo y el Tribunal considera razonadamente que de esa acción se derivó un peligro potencial para otros bienes, susceptible de ocasionar una alteración en la seguridad colectiva y más concretamente a la integridad de las personas que se encontraban dentro por el peligro de combustión o de quemaduras o de intoxicación por el humo producido en un espacio tan pequeño.

También se narra que igualmente «se ocasionaron desperfectos en el vehículo Ford Focus matrícula F-....-FX a consecuencia del lanzamiento de la bengala antes descrito. Dichos desperfectos no han sido reparados y fueron tasados pericialmente en la suma de 413,49 ?».

La STS 1021/2007 de 3 de diciembre, señala que *"la cuestión que se viene a plantear radica en determinar si la remisión efectuada en el artículo 266.1 al artículo 263 implica que, en todo caso, la provocación de un incendio supondrá la imposición de la pena correspondiente al delito, contemplada en el mismo, con independencia de la cuantía de los daños causados, o si, por el contrario, si ésta es inferior a 400 euros la infracción debería ser considerada falta, tal como se entiende en la sentencia impugnada, pues el artículo 263 castiga los daños causados en propiedad ajena que no estén comprendidos en otros preceptos del Código, siempre que excedan de 400 euros. La duda se centra en si al referirse el artículo 266 a los daños del artículo 263 lo hace solo a los causados en propiedad ajena no contemplados en otros preceptos, como tipo residual, o si también se refiere a estos cuando, además, la cuantía exceda de 400 euros, es decir, excluyendo aquellos que serían constitutivos de una falta del artículo 625.1º.*

La dificultad de interpretación de estos preceptos se hubiera evitado si el legislador hubiera procedido a establecer en el artículo 351.2 la pena correspondiente al delito de incendio cuando no existiera peligro para la vida o la integridad física de las personas, teniendo en cuenta expresamente otra clase de peligro, en cuanto que se trata de un delito contra la seguridad colectiva, sancionándolo de otra forma cuando tal peligro no existiera.

En cualquier caso, la agravación de las penas básicas del artículo 263 hasta una pena privativa de libertad comprendida entre uno y tres años prevista en el artículo 266.1, debe encontrar explicación en las previsiones contenidas en éste, todas las cuales se sitúan en la ley al mismo nivel agravatorio. De ellas, algunas se refieren al modo comisivo, en atención a su especial peligrosidad, lo cual teóricamente no impediría tener en cuenta la cuantía para distinguir entre delito y falta. Así ocurre cuando se refiere a daños causados mediante incendio, o provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva. Pero la última previsión, del mismo nivel que las anteriores, según la cual la agravación tiene lugar cuando, con independencia del modo de ejecución empleado, se causa el daño poniendo en peligro la vida o integridad de las personas no puede compaginarse con una consideración a la cuantía del daño efectivamente causado, pues este dato resulta absolutamente irrelevante ante la consideración a aquel peligro. Sucede así, que los daños del artículo 263, cuando se cometan poniendo en peligro la vida o la integridad física de las personas se castigarán conforme al artículo 266.1, con independencia de la cuantía, pues el dato típico determinante es la creación del peligro. Se trata, por lo tanto, de infracciones en las que el bien jurídico protegido no es solamente el patrimonio, sin perjuicio de la corrección sistemática de su ubicación. Situadas las demás previsiones de agravación al mismo nivel de consideración, como se ha dicho, no se justificaría un tratamiento distinto a unas y otras en función del daño efectivamente causado, pues no es ese dato el que la ley tiene en cuenta para establecer una sanción más grave".

La incidencia en la salud e integridad de las personas resultó patente al introducir una bengala encendida en el interior de un coche, en el que se refugiaban las víctimas.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

DÉCIMO OCTAVO.- Respecto al delito de armas prohibidas, tipificado en el art. 563 del Código Penal, la cuestión sobre su constitucionalidad ha sido ya resuelta por la STC 24/2004, 24 de febrero, dibujando los distintos ámbitos penal y administrativo en esta materia.

Se ha cuestionado este tema, entre otros recurrentes, por el motivo 10º de Pelayo Calixto y 10º de Baltasar Feliciano.

Los hechos probados señalan que «en las entradas y registros practicados en los domicilios y vehículos de algunos de los procesados se intervinieron diversas armas blancas y otras prohibidas. En concreto, a Baltasar Feliciano se le intervino una defensa extensible de metal; a Rodrigo Fausto una defensa extensible de hierro; y a Pelayo Calixto se le intervinieron diversas navajas, machetes, cuchillos y puñales, varios de ellos de más de 11 cm de hoja, y dos puños americanos».

Todos esos instrumentos constituyen indudablemente armas prohibidas a tenor del art. 4 del Reglamento de Armas.



El motivo por tanto debe de ser rechazado.

DÉCIMO NOVENO.- Diversos recurrentes han cuestionado la aplicación de la agravante cuarta del art. 22 del Código Penal, esto es, actuar por motivos ideológicos.

Es el caso del motivo 8º de Pelayo Calixto, 8º de Baltasar Feliciano, 8º de Felix Balbino, 7º de Eulalio Baltasar, 5º de Valentin Valeriano y Julian Melchor, entre otras censuras casacionales.

Como afirma el Ministerio Fiscal, en el presente caso el Tribunal de instancia ha destacado que todos los acusados comparten no sólo la estética (tatuajes de simbología nazi, cabezas rapadas) sino también la ideología nacionalsocialista o neonazi, justificando la utilización de la violencia y el terror contra personas por mantener una ideología o inclinación sexual diferente y ese fue el motivo de que el recurrente el día de autos convocara al resto para acudir a Manresa donde se iba a celebrar un concierto de la extrema izquierda radical y antifascista, es decir, de una ideología opuesta a la de los condenados, para atacar a las personas que acudieran al mismo por considerar que profesaban o era simpatizantes de esa ideología. La Sala razona que las víctimas no tenían ninguna relación entre ellos más allá de su intención de asistir al concierto y tampoco tenían relación con los acusados a quienes no conocían de manera que éste fue el único motivo de su irracional ataque y era de aplicación la agravante específica del art. 22.4º Código Penal introducida en la reforma de 1995.

La inclusión de esta circunstancia en el Código Penal de 1.995 respondió, según la Exposición de Motivos de la L.O. 4/95, a que "la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decisiva para luchar contra ella", no habiendo España "permanecido ajena al despertar de este fenómeno". En cuanto a su ampliación en la circunstancia ahora examinada, 4ª del art. 22, responde a una realidad social que evidencia la existencia de tales motivaciones en alarmantes hechos delictivos (STS 360/2010, de 22 de abril).

Como dice la STS 1145/2006, de 23 de noviembre, esta agravante ha sido objeto de críticas doctrinales, por cuanto se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor, lo que impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, y delimitar, en términos de seguridad jurídica, que es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, es introducirnos en un terreno valorativo que sin duda se presta a la discrecionalidad, por cuanto lo que caracteriza la circunstancia es que el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo de cometer el delito, por tanto nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios. Es cierto que en muchos supuestos estarán acreditados de forma palmaria, pero también lo es que pudiera producirse casos límite de muy compleja solución.

No obstante los valores de antirracismo o la tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el derecho penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social, de ahí que entendemos positiva su incorporación al Código Penal, pero de la misma manera, para no vulnerar los postulados de seguridad jurídica, debe determinarse con precisión que éste y no otro ha sido el móvil del delito, para evitar la aplicación indiscriminada de esta circunstancia agravante por más que algunos hechos ofendan los valores más esenciales de nuestra convivencia.

Por ello para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE. Se trata en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno. Resulta, por ello, innecesario señalar que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante. Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito.

En efecto, ha de recordarse que la Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los dos extremos del espectro político, incluso podría decirse que tampoco prohíbe las ideas que, por su extremismo, se sitúen fuera de ese amplio espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas. La tolerancia con todo tipo de ideas, que viene impuesta por la libertad ideológica y de expresión, no significa condescendencia, aceptación o comprensión, sino solamente que las ideas, como tales, no deben ser perseguidas penalmente. Pero, en cualquier caso, no se encuentran bajo la protección constitucional la realización de actos o actividades que, en desarrollo de aquellas ideologías, vulneren otros derechos constitucionales como ocurre en el presente caso.



De manera que la concurrencia de tal agravante debe ser mantenida en esta Sala Casacional. En efecto, los atacantes actuaron con la exclusiva finalidad de vindicar su ideología, al margen de cualquier consideración personal. La selección de las víctimas se produjo sencillamente por su simbología o estética exterior.

Como dice la STS 585/2012, de 4 de julio, la ideología fue precisamente la que movió a los acusados a ejecutar su acción. En este mismo sentido, la STS 1037/2013, de 27 de diciembre.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

VIGÉSIMO.- Se ha planteado por la representación procesal de Eulalio Baltasar (7º motivo), Balbino Pelayo (8º motivo) y de Valentin Valeriano y Julian Melchor (6º), la concurrencia de la agravante de disfraz.

El disfraz ha sido entendido, doctrinal y jurisprudencialmente, como el empleo de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia externa de una persona. Su aplicación requiere que sea utilizado al tiempo de la comisión del delito, y con la finalidad de facilitar la realización del mismo dificultando la identificación del autor (STS 670/2005, de 27 de mayo).

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

Procederá la apreciación de la agravante «cuando en abstracto, el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación. Es decir, el presupuesto de hecho para la aplicación de la agravación no requiere que efectivamente las personas presentes en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer el autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación, aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés» (STS 939/2004, de 12 de julio, y STS 618/2004, de 5 de mayo, citando ambas la de 17 de junio de 1999, número 1025/1999).

En los hechos probados se lee que «... a continuación, todos ellos salvo Ceferino Enrique, descendieron de los vehículos, cubrieron sus rostros con capuchas, bragas y pasamontañas con la finalidad de impedir que fueran identificados, cogieron las barras de hierro y demás objetos así como bengalas y se dirigieron decididos hacia la Sala».

Hemos declarado reiteradamente que en los supuestos de concertación delictiva, el uso del disfraz por alguno de los ejecutores materiales aprovecha a todos ellos, en tanto que pretende garantizarles la impunidad de su acción, que es el fundamento de tal agravación genérica, o bien la mayor facilidad comisiva, se dice en otras resoluciones judiciales, y siendo ello así basta con que sea conocido por todos los coautores y partícipes (STS 1037/2013, de 27 de diciembre).

De manera que cumpliéndose el objetivo de impedir la identificación de los autores, y siendo una agravante perfectamente compatible con la alevosía (pues una se dirige a perpetrar la acción con facilidad para el atacante, sin riesgo alguno defensivo, y otra va encaminada a procurarse la impunidad del ofensor), este reproche casacional no puede prosperar.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Queda sin efecto el reproche casacional formalizado por Rodrigo Fausto en su motivo cuarto, en tanto que la estimación del motivo del Ministerio Fiscal relativo a la supresión de la atenuante de reparación del daño, producirá que debamos llevar a cabo una revisión de la penalidad aplicable, de manera que queda sin efecto tal censura casacional que con apoyatura en lo dispuesto en el art. 66.1.7 Código Penal, afirmaba que debía prevalecer el fundamento de la atenuación derivada de la apreciación de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada frente al peso de las dos agravantes también aplicadas, por lo que solicita la reducción de las penas impuestas.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Igualmente en el motivo cuarto de Rodrigo Fausto, se censura la indebida aplicación de los arts. 109, 110 y 116 del Código Penal, impugnando la cuantificación de la indemnización fijada por la Sala sentenciadora de instancia con respecto a Everardo Virgilio, por considerarla desproporcionada e injustificada.

Como hemos dicho en STS 830/2014, de 28 de noviembre, es doctrina jurisprudencial reiterada que el *quantum* de la indemnización por las responsabilidades civiles *ex delicto* no pueden ser sometidas a la revisión casacional y únicamente lo pueden ser las bases sobre las que opera el juzgador para fijar el monto de esas indemnizaciones (STS de 14 de diciembre de 2011, resolviendo el recurso 855/2011), por tratarse de un criterio valorativo soberano, más que objetivo o reglado, atendiendo a las circunstancias personales,



necesidades generadas y daños y perjuicios realmente causados, daño emergente y lucro cesante (STS 6 de julio del 2010, resolviendo el recurso 10206/2010).

En referencia específica a la determinación de la reparación del daño moral sólo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada (STS de 29 de marzo del 2011 resolviendo el recurso: 607/2010 . Dicho en palabras de la SSTS 264/2009 de 12 de marzo y 752/2007 de 2 de octubre , no es cuestionable la legitimidad de un método de determinación del daño basado en la estimación ponderada y prudencial, en la comprobación de si la traducción en dinero es o no manifiestamente desproporcionada. Y que procede el mantenimiento del "quantum", en sede casacional, si se constata que la cuantía fijada se adecua razonablemente a los perjuicios ocasionados que se señalan en la Sentencia.

En el caso enjuiciado, el Tribunal sentenciador en el FJ 7º, fija la cuantía de la indemnización, dentro de los límites que establece la petición de las acusaciones formulada definitivamente en el plenario y ampliada como consecuencia de las pruebas practicadas, y explica los criterios tenidos en cuenta para ello, los días de incapacidad, los días de internamiento hospitalario, las secuelas, explicadas y detalladas en el plenario tanto por la médico forense como por la propia víctima y su madre y que se detallan en el relato fáctico y los daños estéticos, incluso ajustándose al baremo establecido para accidentes de tráfico y concretando la puntuación asignada a cada uno de ellos y concluye fijando una cantidad de 16.056 euros por días de incapacidad y 160.000 euros por las importantes secuelas físicas y psíquicas que presenta, cantidad que no es excesiva ni desproporcionada ni mucho menos se encuentra injustificada sino ajustada y acorde con los criterios seguidos en la práctica forense.

El motivo no puede prosperar.

Recurso del Ministerio Fiscal.

VIGÉSIMO-TERCERO.- El Ministerio Fiscal ha interpuesto recurso de casación en dos motivos de contenido casacional, formalizados al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Por el primer motivo, denuncia la indebida aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño en concepto de muy cualificada.

En el desarrollo del motivo sostiene que, si bien en conclusiones provisionales, solicitaba la cantidad de 85.503,90 euros en concepto de responsabilidad civil por las lesiones, secuelas y daños materiales ocasionados a las diferentes víctimas, tras el plenario modificó sus conclusiones provisionales elevando el importe de las indemnizaciones a satisfacer a Everardo Virgilio a la cantidad total de 203.855,19 euros.

La Sentencia objeto de recurso, señala al efecto en su resultancia fáctica: «Con carácter previo al acto de juicio oral, los acusados Rodrigo Fausto , Flora Frida , Julian Melchor , Ceferino Enrique , Valentin Valeriano , Balbino Pelayo , Justino Ezequiel , Felix Balbino , Baltasar Feliciano , Alvaro Nicolas , Eulalio Baltasar , Pelayo Calixto , Valentin Balbino y Alexis Pascual consignaron la suma de noventa y cuatro mil euros, suma expresamente consignada para ser destinada al abono de las indemnizaciones de los diversos perjudicados».

Y razona en el Fundamento Jurídico Quinto, que: «Consta acreditado que los acusados Rodrigo Fausto , Flora Frida , Julian Melchor , Ceferino Enrique , Valentin Valeriano , Balbino Pelayo , Justino Ezequiel , Felix Balbino , Baltasar Feliciano , Alvaro Nicolas , Eulalio Baltasar , Pelayo Calixto , Valentin Balbino y Alexis Pascual consignaron antes de la vista la suma de noventa y cuatro mil euros. Tal y como reiteraron las defensas en el acto de juicio oral, dichos importes iban destinados a la reparación de las víctimas sin perjuicio de la no asunción de sus respectivas responsabilidades criminales e independientemente de que fuera o no declarada su participación en los diversos hechos, por lo que sin duda dicha atenuante debe ser apreciada y dado que la consignación superó el importe reclamado por el Ministerio Fiscal en el escrito de conclusiones provisionales, estimamos procedente hacerlo con el carácter de una atenuante muy cualificada».

El motivo tiene que ser estimado, sin perjuicio de las consideraciones penológicas que después expresaremos.

La apreciación de una atenuante como muy cualificada requiere como elemento sustancial una especial intensidad del concepto atenuatorio que la fundamenta, de manera que su concurrencia produzca un plus respecto a los elementos que deben concurrir y se ha de constatar una especial relevancia tanto en el plano de la antijuridicidad como, sobre todo, en el de la culpabilidad, o en razones de política criminal que merezcan una trascendente reducción de la pena al operar un sentido atenuatorio muy justificado.

En el caso de la reparación del daño, los elementos que se barajan son de dos tipos: objetivamente, la total reparación del daño; subjetivamente, un considerable esfuerzo por parte del infractor para lograr tal reparación.



En el supuesto que analizamos, no concurre con especial intensidad ni uno ni otro elemento. Objetivamente, porque ya hemos visto que no se ha producido tal total reparación, no alcanzándose ni la mitad del contenido indemnizatorio decretado en la sentencia recurrida. Y subjetivamente, porque la cantidad consignada lo fue a cargo de catorce acusados, y aunque suponemos que tuvieron ellos o sus familias que realizar el correspondiente esfuerzo, no puede considerarse, si dividimos la cantidad consignada en catorce partes, o incluso en diez, que fueron los condenados, una suma de especial intensidad reparadora, por lo que estimaremos el motivo del Ministerio Fiscal, pero el sentido de la atenuación no puede dejar de tenerse presente por lo que, en beneficio del reo, y a la vista de lo dispuesto en el art. 66.1, regla 7ª, del Código Penal, hemos de valorar y compensar racionalmente la concurrencia de las dos agravantes y la atenuante de reparación del daño, en concepto de simple u ordinaria, y verificar esta operación de individualización de la pena manteniendo la penalidad establecida en la sentencia recurrida al persistir un fundamento, si no cualificado, sí de importante consideración para la atenuación de la pena. En realidad, el Fiscal no ha interesado una pena concreta, sino interesa se aprecie la atenuante simple de reparación del daño, con los efectos penológicos que correspondan.

En este sentido, estimamos el motivo primero del recurso del Ministerio Fiscal.

VIGÉSIMO-CUARTO.- Por el segundo motivo, formalizado como el anterior por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal denuncia la indebida inaplicación del art. 570 del Código Penal, que tipifica el delito de pertenencia a grupo criminal, introducido tras la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio.

El Fiscal, en la instancia, entendió que los hechos eran constitutivos de un delito de asociación ilícita de los arts. 515.5 y 517.1 del Código Penal, en concurso de normas con un delito de organización criminal del art. 570 bis, 1º y 2º, con aplicación del art. 8.4º del Código Penal.

Dado el cauce que alumbra el motivo, debemos ceñirnos a los hechos probados que se consignan en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida.

En ellos, se atribuye a Rodrigo Fausto la convocatoria de los demás para acudir a la Sala **Stroika**, con la finalidad de atacar mediante barras de hierro, palos y bengalas a cualquiera que asistiera al concierto, al suponer que tales individuos serían de ideología contraria a la que los atacantes profesaban.

Una vez en las inmediaciones del hotel Don Cándido, lugar de encuentro previo y reparto de armas, se dirigieron a Manresa, en donde se sucedieron los hechos que son juzgados en esta causa, en una acción rápida y coordinada.

Sin embargo, el *factum* declara que *«más allá de las acciones planificadas y llevadas a cabo el día 23 de marzo de 2012 antes descritas, no ha resultado acreditado que los acusados integraran una banda criminal de forma organizada y permanente durante un mínimo lapso temporal»*.

El Tribunal sentenciador razona que por referencias que existan en correos, mensajes, llamadas o chats a determinadas actuaciones violentas de algunos de los acusados (Alexis Pascual, Pascual Olegario, Rodrigo Fausto, ...) o incluso de investigados y finalmente no imputados como Doroteo Urbano o Ceferino Iñigo, *«en modo alguno ha resultado acreditada ni una estructura compleja, ni la permanencia en el tiempo, ni la división jerárquica, ni infraestructura económica, ni tan siquiera la voluntad colectiva de comisión de delitos ni la estructura para cometerlos»*.

Y concluyen los jueces «a quibus»: lo único acreditado es el concierto para cometer los hechos del día 23 de marzo de 2014, ningún otro delito... Y añaden que la iniciativa partiera en relación a esos hechos de Rodrigo Fausto nada aporta a la acreditación de tal estructura.

Pretende el Ministerio Fiscal la tipificación de los hechos declarados como probados en el tipo delictivo definido en el art. 570 ter del Código Penal: grupo criminal. Se entiende por tal, a los efectos legales pertinentes, «la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas».

Las notas características que podrían servir para delimitar el concepto de organización criminal tipificado por el legislador en la LO5/2010, de 22 de junio, son las siguientes:

a) *Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad, que se concreta en tres o más. Se trata, por tanto, de un delito plurisubjetivo, en el que el sujeto activo está formado por la concurrencia de, como mínimo, tres personas, diferenciándose dos clases de autores, merecedores de distinto reproche penal, en función de la responsabilidad asumida en el marco de la organización.*



b) La existencia de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, en la que por lo general deben poder reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura, y la definición y reparto de funciones entre sus miembros. Debe contar, pues, con la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica.

En cambio no se exige como requisito, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales.

c) Una consistencia o permanencia en el tiempo, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio, y

d) El fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como producto de una "voluntad colectiva", superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar (STS 745/2008, de 25 de noviembre , 41/2009, de 20 de enero , 239/2012, 23 de marzo y 309/2013, de 1 de abril).

Como hemos visto, en la sentencia recurrida se descarta expresamente en los hechos probados un acuerdo asociativo, más o menos duradero, pues se declara que se unieron exclusivamente para perpetrar los hechos que sucedieron el día 23 de marzo de 2010. Tampoco se ha declarado probado que la finalidad de la organización o del grupo fuera la comisión de más delitos que el que es objeto de enjuiciamiento.

Aun cuando el legislador pretenda en la introducción de este tipo de figuras delictivas, de carácter plurisubjetivo, el castigo de acciones preparatorias al delito, en tanto que razones de política criminal justifican la sanción de este tipo de comportamientos asociativos, pues aquellos que se encuentran organizados, armados y dotados de una estructura que posibilita la ejecución delictiva muy seriada, son complejos intersubjetivos peligrosos para la sociedad, es lo cierto, también, que no por ello ha perdido el espacio correspondiente la codelincuencia, y no todas las acciones criminales en donde concurren una pluralidad de partícipes acarrearán necesariamente tal tipología criminal, sino exclusivamente la unión ocasional para el delito.

Una forma de poder comprobar cuándo estamos en presencia de una simple unión de malhechores para llevar a cabo una única comisión delictiva, o de una organización o grupo criminal, es precisamente que en este último caso lo pretendido es la multirreincidencia en el delito, lo que conforma a este tipo de estructuras plurales una especial peligrosidad criminal, digna de la configuración de un delito aparte de los realmente cometidos.

Pero los que de modo ocasional se unen para ensamblar sus esfuerzos en pos de una única o exclusiva perpetración criminal, no se puede afirmar que su finalidad asociativa sea la pluralidad delictiva, por lo que no encajan en la definición tanto de grupo como de organización criminal. Precisamente, la peligrosidad de tales estructuras asociativas que justifican el delito aparte lo es la propagación delictiva con múltiples resultados o pretensiones, no la mera codelincuencia para delinquir.

En el caso enjuiciado, la literalidad de los hechos probados impide tal subsunción típica, razón por la cual, en este caso, el motivo ha de ser desestimado.

Costas procesales.

VIGÉSIMO QUINTO.- Al proceder la desestimación de los recursos de las defensas, se está en el caso de imponer las costas procesales a los recurrentes y en cambio declarar de oficio las costas procesales respecto al recurso del Ministerio Fiscal, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **las representaciones legales de los procesados Rodrigo Fausto , Alvaro Nicolas , Baltasar Feliciano , Pelayo Calixto , Felix Balbino , Valentin Balbino , Eulalio Baltasar , Balbino Pelayo , Valentin Valeriano y Julian Melchor** , contra Sentencia 555/2014, de 18 de julio de 2014 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por cada uno de sus respectivos recursos.



Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR, por estimación parcial**, al recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra la referida Sentencia 555/2014, de 18 de julio de 2014 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Ana María Ferrer García

10749/2014P

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

Fallo: 16/04/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 314/2015

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

Dª. Ana María Ferrer García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Mayo de dos mil quince.

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Manresa instruyó Sumario 1/13 por delitos de asociación ilícita, asesinato por alevosía en grado de tentativa, lesiones con instrumento peligroso y con alevosía, desórdenes públicos y tenencia de armas prohibidas, contra Rodrigo Fausto, con D.N.I. nº NUM007, nacido en Barcelona el día NUM008 de 1983 hijo de Jon Teodosio y Zaida Mariana, Leoncio Primitivo con D.N.I. nº NUM009, nacido en Tarragona el día NUM010 del año 1982, hijo de Nazario Pedro y Begoña Natividad, Flora Frida, con D.N.I. nº NUM011, nacida en Vacarisses (Barcelona) el día NUM012 del año 1990, hija de Landelino Gines y Julieta Tania, Julian Melchor con D.N.I. nº NUM013, nacido en Badalona (Barcelona) el día NUM014 del año 1990, hijo de Pio Humberto y Candida Belinda, Valentin Valeriano con DNI NUM015 nacido en Blanes (Girona) el día NUM016 del año 1991, hijo de Teodoro Romeo y Santiago Pilar, Ceferino Enrique con DNI nº NUM017, nacido en Tarragona el día NUM018 del año 1991, hijo de Romeo Leonardo y Valle Benita, Balbino Pelayo con DNI NUM019 nacido en Terrassa (Barcelona) el día NUM020 del año 1984, hijo de Emiliano Casiano y Concepcion Delfina, Pascual Olegario con DNI NUM021 nacido en Barcelona el día NUM022 de 1986, hijo de Jesus Ovidio y de Luz Isabel, Justino Ezequiel con DNI NUM023 nacido en Sant Vicenç de Castellet el día NUM024 del año 1987, hijo de Aquilino Rogelio y Azucena Gregoria, Felix Balbino con DNI NUM025 nacido en Sabadell (Barcelona) el día NUM026 del año 1987 hijo de Genaro Ismael y Enma Delfina, Baltasar Feliciano con DNI NUM027 nacido en Sabadell (Barcelona) el día NUM028



del año 1989, Alvaro Nicolas con DNI nº NUM029 nacido en Sabadell (Barcelona) el día NUM030 del año 1979, hijo de Emiliano Casiano e Julia Emma , Eulalio Baltasar con DNI NUM031 nacido en Tomiño el día NUM032 del año 1976, hijo de Emiliano Casiano y Luz Isabel , Pelayo Calixto con DNI NUM033 nacido en Sabadell (Barcelona) el día NUM034 del año 1979, hijo de Angela Lorena y Cirilo Cristobal , Valentin Balbino , con DNI NUM035 nacido en Terrassa el día NUM036 del año 1985, hijo de Pio Humberto y Miriam Olga , y Alexis Pascual con DNI NUM037 nacido en Igualada (Barcelona) el día NUM038 del año 1987, hijo de Serafin Iñigo y Fatima Ines ; y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona que con fecha 18 de julio de 2014 dictó Sentencia 555/14 , la cual ha sido recurrida en casación por el Ministerio Fiscal y por las representaciones legales de los procesados, y ha sido casada y anulada en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO. - Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de conceptuar la atenuante de reparación del daño como simple u ordinaria, y no como cualificada, pero sin que proceda modificar la penalidad establecida en la sentencia recurrida, al persistir ese fundamento de atenuación, todo ello en beneficio del reo.

III. FALLO

Que se modifica la conceptualización de la atenuante de reparación del daño en concepto de simple, y se mantiene el fallo de la sentencia recurrida en sus propios términos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección

Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer

Luciano Varela Castro Ana María Ferrer García

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.